TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
y obras selectas

TOMO 7

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

AGUSTÍN GORDILLO

Dafne Ahe, Nicolás Bonina, Marcelo A. Bruno dos Santos, Federico Campolieti, Nicolás Diana, Agustín A. M. García Sanz, Héctor A. Mairal, María Eva Miljiker, María Patricia Miravé, Orlando Pulvirenti, Mario Rejtman Farah, Julieta Rodriguez Prado y Cecilia Yacovino

Tratado de Derecho Administrativo
y obras selectas

TOMO 7

Primera edición

Dirección:
MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS

El derecho administrativo en la práctica

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2013

Gordillo, Agustín A.
Tratado de derecho administrativo y obras selectas : el derecho administrativo en la práctica . - 1a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
v. 7, 672 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-9502-52-9

1. Derecho Administrativo. 2. Tratados. I. Título
CDD 342.06

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO 7

1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

I.S.B.N.: 978-950-9502-52-9

Copyright by Agustín Gordillo y Fundación de Derecho Administrativo
Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en la Argentina
Los derechos patrimoniales de los autores por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en **www.gordillo.com** autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y parágrafo o nota utilizado. El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica, sea por carta en la dirección arriba indicada, por fax al (5411) 4322-2169, o a los e-mails: **agustin@gordillo.com**, **gordillo@elsitio.net**, **gordillo@fibertel.com.ar**

Autores: Dafne Ahe, Nicolás Bonina, Marcelo A. Bruno dos Santos, Federico Campolieti, Nicolás Diana, Agustín A. M. García Sanz, Héctor A. Mairal, María Eva Miljiker, María Patricia Miravé, Orlando Pulvirenti, Mario Rejtman Farah, Julieta Rodriguez Prado y Cecilia Yacovino. La Fundación agradece a todos los autores, director y colaboradora, por su desinteresada y generosa contribución.

ÍNDICE

Prólogo de Marcelo A. Bruno dos Santos 13

Sección I

LA REALIDAD SEMÁNTICA

Capítulo I

2004

García Sanz, Agustín A. M., *Contratos administrativos, lenguaje y realidad* 17

Capítulo II

2006

Gordillo, Agustín y Campolieti, Federico, *Un debate epistolar y generacional* 21

Capítulo III

2007

Miljiker, María Eva, *¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico* 29

Capítulo IV

2007

Yacovino, Cecilia, *Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti* 35

Capítulo V

2007

Diana, Nicolás, *La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza* 43

Sección II

LA REALIDAD ECONÓMICA

Capítulo VI

2004

GORDILLO, AGUSTÍN, *Si las palabras fueran energía eólica…* 77

Capítulo VII

2005

GORDILLO, AGUSTÍN, *Racionalidad, política, economía, derecho*..... 85

Capítulo VIII

2009

GORDILLO, AGUSTÍN, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo*..... 89

Capítulo IX

2010

MAIRAL, HÉCTOR A., *¿Uno o dos derechos administrativos?* 119

Sección III

LA REALIDAD INSTITUCIONAL

Capítulo X

2003

GORDILLO, AGUSTÍN, *Una celebración sin gloria*.....137

Capítulo XI

2005

GORDILLO, AGUSTÍN, *¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica del país?*.....165

Capítulo XII

2006

GORDILLO, AGUSTÍN, *La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?*.....189

Capítulo XIII

2007

PULVIRENTI, ORLANDO, *Confirmado: ¡Existen negocios en la administración pública!*. 243

Capítulo XIV

2008

García Sanz, Agustín A. M., *La publicidad de las normas a través de internet como estándar mínimo para que sean exigibles* 247

Capítulo XV

2012

Pulvirenti, Orlando, *Frente a vías de hecho, una nueva categoría de sentencias: "Enunciativas y testimoniales"*....277

Capítulo XVI

2012

Gordillo, Agustín, *Palabras pronunciadas en las Jornadas de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires*....281

Sección IV

PROCEDIMIENTO Y PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

Capítulo XVII

1964/2009

Gordillo, Agustín, *El procedimiento administrativo en la práctica*.... 289

Capítulo XVIII

2006

Rodríguez Prado, Julieta, *La violencia del procedimiento administrativo en la práctica*....321

Capítulo XIX

2006

Bonina, Nicolás, *El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado*.... 329

Capítulo XX

2007

Gordillo, Agustín, *El tiempo en la decisión jurídica* 355

Capítulo XXI

2007

Bruno dos Santos, Marcelo A., *Los alegatos de oreja: una práctica cotidiana que atenta contra un mejor servicio de justicia* 367

Capítulo XXII

2009

Rodríguez Prado, Julieta, *El procedimiento administrativo en la práctica. Prin-*

cipales cuestiones que se plantean 381

Capítulo XXIII

2013

MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS, *El procedimiento de determinación de la condición de refugiado en la práctica* 389

Sección V

ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Capítulo XXIV

1982

GORDILLO, AGUSTÍN, *El contrato de crédito externo* 415

Capítulo XXV

2006

GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., *Licitación Pública vs. Contratación Directa: ¿La batalla perdida?* 443

Capítulo XXVI

2007

GORDILLO, AGUSTÍN, *La mutación del contrato administrativo* 479

Capítulo XXVII

2010

REJTMAN FARAH, MARIO, *Desencuentros entre la Corte Suprema y la administración pública en materia de contrataciones administrativas* 483

Capítulo XXVIII

2011

MAIRAL, HÉCTOR A. , *Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos)* 507

Capítulo XXIX

2011

MIRAVÉ, MARÍA PATRICIA, *La conformación participada de los pliegos y su impacto en las contrataciones del Estado nacional* 557

Sección VI

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Capítulo XXX

2007

AHE, DAFNE y MILJIKER, MARÍA EVA, *Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: el caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado* 593

Capítulo XXXI

2007

GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., *Responsabilidad del Estado y corrupción* 623

Capítulo XXXII

2009

GORDILLO, AGUSTÍN, *La responsabilidad del Estado en la práctica* 633

2012

Anexo

Palabras leídas en las "Jornadas intercátedra de Derecho Administrativo sobre responsabilidad del Estado" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires 651

Capítulo XXXIII

2010

BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., *Una mirada crítica de la responsabilidad del estado por omisión en espectáculos deportivos. Un camino a recorrer después del caso "Mosca"* 657

PRÓLOGO

Este libro comenzó a bosquejarse a partir de las clases del Dr. GORDILLO y mías de la materia "El derecho administrativo en la práctica" perteneciente a la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Allí, junto con los alumnos, nos proponemos en cada clase analizar el derecho en movimiento, donde lo primordial es el *problema*, de modo que lo decisivo es lograr percibir, de la mejor manera posible, todos los hechos del caso y, en particular, analizar las *prácticas concretas* de las administraciones públicas y los tribunales como uno de los datos de la realidad que no puede soslayarse a la hora de adoptar la mejor decisión posible en la defensa de los derechos e intereses de los administrados y los justiciables.

Desde esta mirada, el estudio riguroso de la brecha entre la norma abstracta y los hechos es un paso más para entender cabalmente el mundo jurídico, en el que los intereses y derechos de cada persona interactúan con los del prójimo y con el propio Estado.

Es en los intersticios del procedimiento administrativo y el proceso judicial, en las entrelíneas de los expedientes en los que los derechos buscan plasmarse, donde nos encontramos con la *administración paralela*, esa que casi nadie enseña pero que todos algo conocemos. La que dice una cosa, pero hace otra.

La buena recepción de los alumnos a esta propuesta pedagógica nos ha llevado a invitar a prestigiosos autores a formar parte de este nuevo intento de percibir, de la mejor manera posible, las distintas realidades de las administraciones públicas y de los tribunales que las juzgan, a través de la sumatoria de trabajos en algunos casos ya publicados y, en otros, inéditos, que sirven de hilo conductor para la materia.

Lo que ayer fue una idea de compartir con colegas y amigos una mirada de la realidad administrativa desde distintas perspectivas (semántica, institucional, económica, etc.) a partir del impulso que hemos recibido de los alumnos, hoy se concreta en estas páginas, que no tiene pretensión de agotar la tarea —sería por

demás imposible— pero sí de intentar mejorar nuestra observación del derecho público en generosa colaboración intelectual.

Tal vez logremos, así, darnos una nueva oportunidad de reconstruir un derecho administrativo que hoy permanece muchas veces ajeno a las prácticas cotidianas de las administraciones públicas y de los tribunales. Un derecho administrativo que no tenga miedo de embarrarse en la realidad para resurgir comprometido con la protección de los derechos e intereses de las personas a quienes está llamado a servir.

MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS

Sección I

LA REALIDAD SEMÁNTICA

Capítulo I: García Sanz, Agustín A. M., *Contratos administrativos, lenguaje y realidad.*

Capítulo II: Gordillo, Agustín y Campolieti, Federico, *Un debate epistolar y generacional.*

Capítulo III: Miljiker, María Eva, *¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico.*

Capítulo IV: Yacovino, Cecilia, *Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti.*

Capítulo V: Diana, Nicolás, *La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza.*

Capítulo I

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, LENGUAJE Y REALIDAD[1]

Por Agustín A. M. García Sanz

Todo salió a la luz con una contratación directa para la refacción de ocho baños de la Facultad de Medicina.

Supervivencia de años en los que la majestuosidad primaba sobre la funcionalidad, no cabían dudas acerca de la necesidad de reconfigurar los baños. Se inició el expediente; se hicieron los planos; se determinó el justiprecio en $55.200; se elaboró el proyecto de pliego y del acto administrativo que le daría aprobación, juntamente con la afectación preventiva del crédito presupuestario; intervino el servicio jurídico en el marco de su competencia y se elevó el expediente para mi firma.

Pero el hartazgo pudo más: Otra vez tenía delante de mis ojos una resolución aprobatoria de un llamado a *contratación directa*. Mi primera reacción fue no firmarla. Luego de reflexionar brevemente, e intentando un remedio a la postre ineficaz, agregué al expediente una indicación a la Dirección de Contrataciones a fin de que publicaran en un diario de circulación nacional el llamado a presentar ofertas. El paliativo no sirvió de nada.

Profundizando mi reflexión, me dispuse a analizar el Régimen de Contrataciones del Estado Nacional que tiene su base normativa en el dec. delegado 1023/2001 (Adla, LXI-D, 4144), su modificatorio 666/2003 y el reglamentario 436/2000. (Adla, LX-C, 2869.) *No se trata de un error de imprenta*: La norma del 2000 reglamenta la del 2001 y la del 2003, en una suerte de parapsicología normativa tan poco seria como el art. 39 que le da sustento.

Si bien hace pie en la vieja ley de contabilidad (Adla, XVII-A, 155), el nuevo marco legal pretende mostrarse como una evolución en pos del crecimiento de

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2004-C, 1535.

la competitividad de la economía, de la eficiencia, eficacia y transparencia en el manejo de la cosa pública. (sic.)

A poco de analizar la profusa reglamentación, surgió claramente la causa de mi malestar: Una contradicción flagrante entre los principios enunciados y las categorías definidas por el texto resolutivo. ¿Cómo una norma que busca implantar la razonabilidad; la libre concurrencia de interesados y la competencia entre oferentes; la transparencia; publicidad e igualdad de trato para unos y otros,[2] termina denominando *contratación directa* a los procedimientos de compras por montos inferiores a los $75.000?

Rápidamente me dirigí al diccionario de la Real Academia Española a despejar mi sospecha. *Contratación* es —para el lego a quien va dirigida la convocatoria a presentar ofertas— *comercio y trato de géneros vendibles.* Claro que lo importante era la palabra que calificaba a esa contratación. *Directa* es, según la misma fuente: (del lat., part. pas. de *dirigere,* dirigir) 1. *Derecho, en línea recta*; 2. *Que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios*; 3. *Que se encamina derechamente a una mira u objeto.*

De ello surge que la *contratación directa* es —para el ciudadano medio que viendo el aviso en el diario deseara comprender su significado a través de un diccionario— algo cercano a *comerciar géneros vendibles de una parte a la otra, en línea recta, en forma dirigida, sin detenerse.* Pues no fue muy distinto el sentido que encontraron muchos alumnos de la Facultad que, al ver reproducido el aviso en carteleras, preguntaron: "Si es directa, ¿para qué la publican?"

Tratando de dimensionar el problema, solicité a la Dirección de Contrataciones que me informara sobre la cantidad y tipo de contrataciones tramitadas en 2003. Los datos seguían dando razones para mi enojo: Se tramitaron 181 contrataciones de las cuales —por monto— 2 han sido licitaciones públicas; 6 licitaciones privadas y *173 contrataciones directas* en sus diferentes variantes. Como puede observarse, estaba ante la modalidad de selección del contratista más usada por la Facultad. Haciendo un parangón casi evidente, supuse que lo mismo sucedía en gran cantidad de organismos de similares dimensiones cuyas necesidades definen procedimientos de compras por montos inferiores a la nada despreciable cifra de $75.000.

Inmediatamente me cuestioné si no se trataba de un error de escala: *Tal vez las dimensiones de una Facultad de la UBA no son representativas en el sistema de contrataciones del Estado*, me dije. Para despejar tales dudas busqué ávidamente los datos necesarios en la *Oficina Nacional de Contrataciones*,[3] órgano rector del sistema y responsable de publicar la totalidad de los procedimientos de selección de contratistas. Allí me encontré con cifras que dejaban ya de ser

[2] Tal lo establecido en el art. 3° del dec. delegado 1023/2001 (B.O. 16-VIII-2001) en sus incs. a) al f).
[3] Ver en http://onc.mecon.gov.ar/

sorpresa. Tomando como base de medición 360 procedimientos en curso al 14 de octubre de 2003, *174* eran *contrataciones directas*, alcanzando un *48,3%* del total.

Quien esto lee supondrá legítimamente que la *contratación directa* es la regla en el sistema de contrataciones del Estado. A poco de analizar el art. 24 del dec. 1023/200 l nos damos cuenta del engaño: "La selección del co-contratante para la ejecución de los contratos contemplados en el art. 4º de *este régimen se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público*." En realidad, y como quedó demostrado, no es oro todo lo que reluce. Se dice una cosa, se hace otra.

El siguiente paso fue preguntarme el porqué de esta contradicción. Intuitivamente pensé en la primacía de algunos principios de las contrataciones del Estado sobre otros. En efecto, podría entenderse esta situación como consecuencia de la tensión entre el complejo *eficacia – eficiencia*, por un lado, y el no menos importante *publicidad – libre concurrencia – competencia – transparencia,* por el otro, discusión tan propia de los años 90. En ese contexto, podría decirse que la búsqueda de celeridad en la tramitación terminó forzando la reglamentación hasta hacer de la *contratación directa* la estrella del sistema. Quienes debemos lidiar a diario con los apuros de la política sabemos lo ajustado del margen de decisión en la elección de una modalidad de selección del contratista distinta de la *contratación directa*, cuando el monto así lo habilita.

Pero esta interpretación —aun si se la tomara por válida— no terminaba de explicar la necesidad de moldear la realidad con el lenguaje. Seguía faltando una pieza.

Recordé entonces lo dicho por Piglia,[4] para quien el *poder* es un permanente contador de historias y de ficciones constructoras de lo que terminamos aceptando como *realidad*. Ese proceso dista de ser ingenuo: Cada vez que se llama a *contratación directa* aumenta la dosis de un veneno que, por imperceptible, es aún más nocivo. Se adormecen los reflejos de quienes poco a poco asimilamos una nueva construcción de significantes.

Nótese que estos embrujos del lenguaje dejan convenientemente a salvo a los avezados operadores del sistema de compras y contrataciones. Como alguna vez se dijera con acierto, "cualquiera puede usar el ruido que le plazca para referirse a cualquier cosa, con tal de que aclare qué es lo que designa el ruido en cuestión."[5] Pero *ellos* tienen el antídoto; saben bien de qué se está hablando.

Así, *el lenguaje levanta una doble muralla* entre el sentido común del ciudadano medio y la operación jurídica en cuestión. En una primera instancia, por ahuyentar miradas no deseadas al trocar el calificativo "*pública*" por "*directa*;" en una segunda, por mantener una jerga común entre administración y contratistas

[4] Pigua, Ricardo, "Una trama de relatos," *Clarín*, 27-V-84 y "Los relatos sociales," *Pagina 12*, 12-VII-87.

[5] Gordillo, Agustín, "Introducción al Derecho," versión como e-book que puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar, cap. IV. p. 6.

habituales, convenientemente dificultosa para los nuevos interesados, práctica bien que contraria a los principios declamados en los Decretos en cuestión.

La confusión del lego y el enojo de quien esto escribe tienen un mismo origen: La burla al sentido común y a los más básicos principios de transparencia en el ejercicio de la función pública. Cada *contratación directa* en estas condiciones es un paso más hacia la confusión y una invitación a la merma en los mecanismos de control social sobre el accionar público.

No podemos seguir dependiendo de estrepitosos eventos como la caída de un jefe policial para tomar conciencia de la gravedad del asunto. Quienes practicamos el derecho administrativo tenemos la obligación de llamar la atención sobre estos yerros en el funcionamiento del Estado, aportando soluciones.

Hubiera bastado con tomar, como hiciera en parte el dec. 1023/2001 originario, el término *licitación pública*, calificándola como *abreviada* en los casos que correspondiera por el monto, por la naturaleza de la contratación, o por las especiales circunstancias del llamado. Pero el diablo metió la cola no sólo en el número de registro del dec. 666/2003: En su art. 8° resolvió —necesidad y urgencia mediante, claro— sustituir en todo el texto del dec. delegado 1023/2001 la referencia a la "*licitación o concurso abreviados*" por la de "*licitación o concurso privados*."

No quieren lo *público*, prefieren lo *privado*; desprecian lo *abreviado*, eligen lo *directo*. Han tenido incluso la osadía de utilizar un remedio reglamentario de urgencia para acomodar las cosas a su antojo y el disparate no para.

Nadie que crea en el sistema republicano de gobierno puede quitarle el carácter de *público* al sistema de contrataciones del Estado, ni tan siquiera en las palabras. No se trata de grandes invenciones, sino de acercar el lenguaje de la administración al de los administrados en busca de un mayor control de los operadores del sistema.

Sirvan estas líneas de reclamo esperanzado al Poder Ejecutivo Nacional y los señores legisladores a fin de que pongan las cosas en su lugar, dejando de lado las inconvenientes trampas del lenguaje, para dar paso a una norma fiel a los principios que la informan.

Capítulo II

¿LEY 19.549 O DECRETO-LEY 19.549/72? UN DEBATE EPISTOLAR Y GENERACIONAL[1]

Por GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO

Introducción

El siguiente debate suscitado entre los autores surgió de manera espontánea, como fruto de la improvisación que permite la correspondencia epistolar por *e-mail*. Se ha procurado mantener fielmente el texto original de las misivas intercambiadas en todo aquello que resulta propio de la discusión, eliminándose las referencias netamente personales que carecen de interés para los que no son destinatarios directos de ellas.

La sucesión de cartas que evidencian las posiciones encontradas no pretenden emular el célebre diálogo epistolar entre ALEJANDRO NIETO y TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, recogido en *El derecho y el revés* (Barcelona, Ariel, 1998), pero debe reconocerse que éste bien ha servido, *a fortiori*, de estímulo para lo que a continuación se presenta.

Buenos Aires, 7 de agosto de 2006

Estimado Dr. Gordillo:

En primer lugar, quisiera agradecerle sus sugerencias respecto del modo de citar "correctamente" a la *Ley de Procedimientos Administrativos* (LPA) —según su criterio, Decreto-ley 19.549/72—, aunque admito que no me resulta desconocida su postura crítica acerca de llamar leyes a lo que Ud. considera que no lo son.

Es cierto que la LPA se dictó durante un gobierno *de facto*. Discutirlo sería negar la realidad. Pero le aclaro que mi posición en este tema —es decir, denominar *ley* a la LPA— es estrictamente jurídica y no política.

Luego del dictado de la LPA, se sancionó el Decreto N° 976/73 que dispuso que los actos del Poder Ejecutivo sancionados con carácter de *leyes* desde el 28

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2006-F, 892.

de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 serían denominados *decretos-leyes*, añadiéndoles el año en que fueron dictados a la numeración asignada a cada uno de ellos.

Posteriormente fue emitido el Decreto N° 1319/76 que derogó la norma precedentemente referida y estableció que "los actos legislativos sancionados por el Poder Ejecutivo Nacional desde el 28 de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 bajo los números 16.892 al 20.507, quedarán registrados y se citarán como leyes." En los considerandos de la norma aludida se aclara que resultaba oportuno en ese momento uniformar el modo de citar, ya que esos actos eran citados bajo la denominación de *decretos-leyes* y también de *leyes*.

Más adelante en el tiempo, el texto ordenado del reglamento de procedimientos administrativos aprobado por el Decreto N° 1883/91 (cuya denominación correcta es *Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72, t.o. 1991*) expresamente se refiere a la *Ley 19.549 o Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549*. ¿Podríamos entender que ese reglamento no está reglamentando una ley? Me parece que la respuesta negativa se impone.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde 1983 en adelante, también denomina *Ley 19.549* a la LPA en las oportunidades en que se ha pronunciado respecto de normas contenidas en ella. Por citar algunos fallos clásicos de nuestra materia y de diferentes épocas, *Mevopal* de 1985 (considerandos 3° y 4°), *Mackentor* de 1989 (considerandos 3°, 5° y 6°), *Universidad de Buenos Aires* de 1991 (considerandos 8° y 10), *Serra* de 1993 (considerandos 2°, 6°, 7°, 12 y 15), *Gypobras* de 1995 (considerandos 6°, 7° y 10), *Tajes* de 1999 (considerandos 5°, 6°, 9° y 10) y *El Jacarandá* de 2005 (considerandos 6° y 7°). No conozco ningún fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a partir del año 1983, haya denominado *decreto-ley* a la LPA.

Confieso que es posible encontrar dictámenes de la Procuración General de la Nación en donde se haya utilizado la terminología de *decreto-ley*, como por ejemplo en el dictamen del año 2000 firmado por el Dr. Becerra en *Edenor S.A.* También se pueden hallar dictámenes que denominan ley a la LPA, como el suscripto en el año 1988 por la Dra. Reiriz en *Motor Once*.

Un argumento que me parece importante introducir a esta altura es que la última reforma de la LPA fue realizada por la ley 25.344, es decir, una ley en sentido formal —emanada del órgano constitucionalmente designado para hacerlo—, que por su parte también denomina *ley* a la LPA.

En síntesis, pese a la clara ilegitimidad de origen de la norma *de facto*, posteriormente fueron los órganos *de iure* —tanto el Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo Nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación— los que han ratificado y/o aceptado esa denominación y consagrado tal carácter.

Ello a tal punto que hoy nadie negaría que la LPA sólo podría modificarse por una ley formal (y no por decreto), como efectivamente sucedió con la Ley 25.344.

Pero en un país en donde el Poder Ejecutivo acrecienta poder permanentemente con un Congreso ausente y es co-legislador gracias a la reforma constitucional del año 1994, no faltará quien postule peligrosamente que, como la LPA es un *decreto-ley*, nada impediría que sea modificada por el Poder Ejecutivo por el principio del paralelismo de formas.

Respeto su posición en este tema. A decir verdad, creo que por su trayectoria y su prestigio Ud. puede darse ese lujo de denominar *decreto-ley* a la LPA, para hacer un tiro por elevación de contenido peyorativo a los gobiernos de facto. Pero me parece que la denominación y el carácter de *ley* de la LPA ha sido aceptado y convalidado, por ejemplo, por el propio Congreso de la Nación a través de sucesivos actos legislativos, como las Leyes 24.655 y 25.344, por citar algunos casos.

Esa es, de modo muy sintético, mi posición sobre el tema. Desde el punto de vista político, comparto con Ud. la visión negativa de los gobiernos *de facto*, aunque hay que reconocer que, lamentablemente, en su seno se dictaron las normas más importantes que nos rigen hoy en día, como la Ley 17.711 de reforma al Código Civil, la Ley 19.550 de sociedades comerciales, la LPA, etc.

Afectuosamente,
Federico Campolieti
Buenos Aires, 8 de agosto de 2006

Estimado Dr. Campolieti:

He notado que Ud. decidió mantener el estilo lingüístico iniciado por ONGANÍA y continuado por el proceso de reorganización nacional de 1976-1983. Es una decisión que Ud. libremente adopta, luego de haber sido advertido por mí, lo que me libera de responsabilidad por el error cívico cometido por Ud.

No creo que Ud. ignore que en todos mis tomos yo llamo siempre *decreto-ley* y no *ley* al acto legislativo de facto dictado bajo el número 19.549 en 1972 por el gobierno *de facto*. Ud. ha hecho, pues, una opción deliberada. Más aún, la editorial LexisNexis aceptó sin ningún inconveniente que el comentario a ese cuerpo normativo se llamara *Comentario al decreto-ley 19.549/72*,[2] lo mismo que estuvieron de acuerdo en ello los 43 autores que suscribieron el libro que hicieron.

Noto también que Ud. incrementa todos los signos con los cuales se saludan aquellos que están siempre de parte del poder. Como los signos de los cónclaves: Ponerle mayúsculas a todo lo que se aproxima al poder de la administración, sean sus Decretos, sus Reglamentos, Ella Misma, sus Procedimientos, y en Mayúsculo lugar, el Decreto Ley 19.549/72 al cual llama Ley 19.549, en total negación del hecho manifiesto que no fue el Congreso de la Nación el que dictó tal llamada

[2] GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Procedimiento Administrativo. Decreto Ley 19549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2003; asimismo GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed.

Ley, sino uno de los generales de la patria en ejercicio del poder ejecutivo y legislativo al mismo tiempo.

Como explico en mi *Introducción al derecho* (cap. VII, p. 8)[3] y en el tomo 1 de mi *Tratado de Derecho Administrativo* (cap. I, p. 11)[4] es un resabio autoritario usar la terminología oficial de llamar *ley* a lo que no son sino *decretos-leyes*. Restaurada la democracia y condenada por el artículo 36 de la Constitución la teoría de los gobiernos *de facto*, no es jurídica ni políticamente admisible seguir llamando "leyes" a lo que de ello tuvo solamente el nombre oficial.

Insisto, hay que denominar correctamente, como *decreto-ley*, a las "leyes" emitidas en los períodos 1966-1973 y 1976-1983.

El criterio que Ud. expone es, me parece, el primer autor que defiende expresamente la tesis imperante en la práctica, el primero que sale a refutar la impugnación que yo siempre he realizado de la terminología desde 1966 en adelante. Lo sostuve en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447 y 448 y en "Análisis crítico de la ley de desarrollo," *Revista de Legislación Argentina*, 2:88, Buenos Aires, 1966.

Lo que más se destaca de su posición es, precisamente, su frontal desconocimiento de aquello que considero más valioso, que es el estado de derecho, la democracia, la república, en el uso axiológico del lenguaje en manera contradictoria con aquel esquema conceptual de valores.

Lo que sigue, pues, no va tanto para Ud. como para los futuros lectores que tengan el mismo estilo y no tengan en claro a nivel consciente el alcance de las elecciones semánticas que hacen. Creo que es un acto de manifiesta subordinación ciudadana al poder militar, que resulta inadmisible en un tiempo en que otra vez democracia, república, estado de derecho, están nuevamente en peligro de muerte, y esta vez no por culpa concurrente (nunca exclusiva) de los militares, sino por culpa exclusiva y excluyente de los civiles.

¿Quiere Ud. ser uno de aquellos civiles que será responsable de la nueva muerte del Estado de Derecho, así sea por implicancia ideológica? ¿No ha prestado atención, o no le he convencido, lo que digo sobre el uso ideológico del lenguaje? ¿O simplemente no le importa? ¿Hasta que punto un abogado joven puede ser tan conservador? ¿Quiénes, sino los jóvenes, pueden ser valientes? ¿O acaso ahora la valentía será patrimonio de los viejos? Sería una sorprendente conclusión.

Lamento que la juventud que sabe derecho no considere su deber enseñar a los mayores que no lo saben cuál es, al menos en las palabras, el régimen repu-

[3] *Introducción al derecho*, edición como e-book que puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com, cap. VI, "El lenguaje como método;" también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de Spiridon Flogaïtis, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003; y versión francesa, *Une introduction au Droit*, prólogo de Spiridon Flogaïtis, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003.

[4] *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. I, "El método en derecho," § 5, "Las «Leyes» que no son leyes"; § 6.3.2., "La textura abierta del lenguaje."

blicano del estado democrático de derecho al cual debiéramos todos adherir pero no siempre lo hacemos.

No sólo de pan vive el hombre, también necesita un mínimo de libertad, y la libertad no es dada, hay que ganarla día a día, igual que el pan con el duro sudor de la frente. Ud. tiene una cuota parte de responsabilidad frente a las generaciones que le siguen. No la desaproveche. Por supuesto, respeto su decisión.

Afectuosamente,
Agustín Gordillo
Buenos Aires, 14 de agosto de 2006

Estimado Dr. Gordillo:

Muchas gracias por su respuesta y por respetar —aunque no compartir— mi decisión. Eso dice mucho de sus cualidades democráticas y de Ud. como hombre pluralista y tolerante, lo que para mi es una virtud no muchas veces encontrada en los profesores eminentes.

Volviendo al debate, advierto que, jurídicamente, el estilo lingüístico al que Ud. se refiere es el estilo aceptado desde 1983 hasta hoy por los órganos del estado democrático de derecho.

Estoy de acuerdo en que en el lenguaje existe un uso ideológico. El hecho de que Ud. lo llame *decreto-ley* es revelador de lo que Ud. piensa respecto de esa época. Por eso, el debate alcanza ribetes filosóficos o metajurídicos, no estrictamente jurídicos a los que pretendía ceñirme. No estamos entonces ante un caso en que las palabras no son más que rótulos de las cosas, como diría HOSPERS, o frente a la naturaleza convencional del lenguaje, tesis del *Curso de lingüística general* de FERDINAND DE SAUSSURE. Por el contrario, estamos discutiendo en dos planos distintos.

Aunque no me considero un conservador —pese a que los abogados hemos sido educados para la conservación—, me parece que no puede irse a contramano del lenguaje ratificado por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, todos democráticos.

Desde mi punto de vista, el tema no pasa por una cuestión de juventud o no, aunque admito que es más fácil denominarlo *decreto-ley* cuando uno tiene el privilegio de ser AGUSTÍN GORDILLO.

Afectuosamente,
Federico Campolieti
Buenos Aires, 15 de agosto de 2006

Estimado Dr. Campolieti:

Muchas gracias por su respuesta. Los órganos del Estado también se equivocan, como Ud. bien sabe, si se fija en las últimas leyes que está dictando el congreso, los decretos que dicta constantemente la administración, y más de uno de los

fallos de la corte. El suyo es un argumento de autoridad, por ende un argumento falaz desde el punto de vista lógico, por ello lógicamente inválido.

Su trabajo como abogado defendiendo el derecho de propiedad, libertad, comercio, etc., de sus clientes contra los ataques del Estado supone cuestionar leyes, decretos, fallos, que lesionen los valores más altos consagrados en la constitución y los tratados internacionales. Son esos valores los que debemos tratar que prevalezcan en el orden jurídico, no las meras normas positivas emanadas de los poderes del Estado, así sean de un estado democrático de derecho, si no son normas conforme al plexo axiológico propio del estado de derecho.

No todo lo que emana del estado de derecho es conforme a un pleno estado de derecho. Y ya está en estado de duda si es que continuamos o no en pleno estado de derecho, Ud. bien lo sabe. Con lo cual volvemos a los deberes de los ciudadanos.

Yo empecé a llamar *decretos-leyes* a los decretos-leyes de Onganía cuando sacó su "ley de desarrollo" en 1968, cuando no tenía los años ni el prestigio que tengo ahora.

Siempre he pagado precios de todo tipo por defender y ejercer mi libertad, y los sigo pagando. El ejercicio de la libertad siempre tiene precio, pero también tiene precio, muy distinto, su no ejercicio. El no ejercicio de la libertad tiene el precio que hoy en día estamos pagando en moneda cara: Consejo de la magistratura, poderes especiales en materia de delegación presupuestaria, delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia, libertad para vetos parciales del poder ejecutivo, censura bien poco sutil de la libertad de prensa, creciente autocensura de la libertad de opinión y prensa.

Ud. está ejerciendo, lo advierta conscientemente o no, autocensura. Ese es el precio que está pagando. Me parece alto, cuando no está en peligro la libertad o la vida. Le ruego me disculpe la exaltación argumental, pero me gustaría continuar el debate epistolar. El tema bien lo merece, creo.

Afectuosamente,
Agustín Gordillo
Buenos Aires, 22 de agosto de 2006

Estimado Dr. Gordillo:

Muchas gracias por su carta y disculpe mi tardanza en contestar, pero la verdad es que este debate es un poco desparejo. Parece una partida de ajedrez en la que el gran maestro responde ping-pong y el alumno usa al máximo el tiempo que tiene en su reloj.

Espero que le quede claro que no me molesta ni ofende su exaltación argumental. Soy de las personas que piensa que, en el debate, las ideas se defienden con vehemencia sin que nadie tenga derecho a molestarse. Se atacan las ideas, no las personas que las sostienen. Bajo esas pautas, nadie puede sentirse ofendido.

El fin de semana me quedé reflexionando sobre lo que Ud. me advirtió acerca de si efectivamente estoy ejerciendo autocensura a un nivel inconsciente. Todavía no tengo una respuesta definitiva, pero intuyo que no.

Hay una frase suya que me quedó muy grabada (no recuerdo si la escuché en *El método* o en *Habilidades Profesionales*, o en ambas) y es que el derecho no son las normas sino sólo diez o quince principios generales, nada más. (Creo que venía a cuento de cómo hacen los miembros de los tribunales internacionales —con culturas jurídicas disímiles— para ponerse de acuerdo en una solución jurídica.) Sé que esa es su posición filosófica sobre el derecho, al que considera una ciencia de problemas particulares, aunque pueda criticársele que habrán tantos derechos como escala de valores de las personas que lo aplican.

Por mi parte, aclaro que no me considero un positivista acérrimo. (Lo que sería justificar jurídicamente, por ejemplo, la Alemania de Hitler porque la pirámide jurídica —en lo estrictamente positivo, no en lo axiológico— se respetaba, lo que resultaría ciertamente contrario a derecho.) Es cierto, hay principios y valores que están por encima de las normas. Pero, en este caso particular, no creo que ese razonamiento se aplique. No encuentro que el régimen de procedimientos administrativos en cuanto al fondo (por ahora, *ley* o *decreto-ley* da igual) vulnere esos principios superiores de la Constitución o los tratados internacionales, salvo algún aspecto puntual en su aplicación a un caso concreto como ocurriría con cualquier reglamento. (La norma no sería irrazonable por sí misma, sino por su aplicación a un caso determinado.)

Por otra parte, creo que estaremos de acuerdo en que sólo el Congreso de la Nación podría modificar el texto del régimen de procedimientos administrativos actual. Por ello, considero que es correcto actualmente referirse a la LPA como *ley* y no como *decreto-ley*, tanto por la forma como por la sustancia. En realidad, es un "ex" *decreto-ley* con ilegitimidad de origen. Pero una vez que el Congreso de la Nación lo hizo suyo, se terminó el asunto. De otra manera, el Poder Ejecutivo podría hoy modificarlo por decreto, lo que no me parece admisible.

Cabría preguntarse si el Congreso de la Nación puede transformar en ley algo que originalmente no lo era. La respuesta práctica es positiva, porque en lugar de ratificarlo por ley, bastaría haber sancionado directamente una ley con idéntico texto.

De todas maneras, creo que llamarlo *decreto-ley* sería acertado para recordar su origen ilegítimo, aunque algún desprevenido pueda hasta llegar a pensar que es al revés, que se trata de propaganda, lo que obliga a aclarar permanentemente. *Decreto-ley* es la correcta denominación histórica, pero pienso que no la jurídica de la actualidad. Simplemente, nació como decreto-ley. Luego fue receptado por el Congreso de la Nación y, por lo tanto, es ley. No veo ninguna falacia de autoridad en utilizar esa denominación, sino una poderosa razón de seguridad jurídica.

Obviamente, esa ley puede violar los valores de la Constitución o los tratados internacionales. En ese caso, prevalecen estos últimos.

Finalmente, comparto su visión acerca de la decadencia de nuestro estado de derecho actual, aunque noto que Ud. no tiene el pesimismo tan marcado de los últimos años. (Me refiero a los artículos "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050; "Una celebración sin gloria," *Sup. Const. Esp.*, abril 2003, 13 - *LL*, 2003-C, 1091; "La sociedad civil vs. el poder político," *LL*, 2003-E, 263 y "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?," *LL*, 2005-A, 905.)

Sobre esa degradación del estado de derecho y las instituciones jurídicas, me permito recordar que en este país se dictó una ley de intangibilidad de los depósitos. Leer la ley y ver lo que pasó dos meses después es un ejemplo sumamente elocuente.

Muy afectuosamente,
Federico Campolieti
Buenos Aires, 23 de agosto de 2006

Estimado Dr. Campolieti:

Le agradezco, en primer lugar, su disposición para aceptar la publicación de una civilizada discrepancia, poco común en derecho.

Me parece que lo de los tiempos y la metáfora del ajedrez de las simultáneas de los grandes maestros con varios ajedrecistas es, en definitiva, acertada: El gran maestro hace su jugada en un instante, y el ajedrecista que lo enfrenta dispone de un tiempo más extendido para planear su jugada. Es, en suma, lo lógico para compensar, en el caso, la diferencia de edades y de tiempos transcurridos en la vidComo comentario al margen, yo siempre pienso en pesimista, pero actúo en optimista. Esta es la clave de mi ser.

Muy afectuosamente,
Agustín Gordillo

Capítulo III

¿LEY 19.549 O DECRETO-LEY 19.549/72? UN DEBATE LINGÜÍSTICO Y FILOSÓFICO[1]

Por Miljiker, María Eva

He leído el debate Campolieti-Gordillo y me ha resultado más que interesante. Es por eso, seguramente, que me ha generado nuevas inquietudes que demuestran que las diferencias entre ellos pasan por una discusión muchísimo más amplia de lo que aparece a primera vista. Es que, en definitiva, la discusión Campolieti-Gordillo demuestra, una vez más, que de la postura filosófica que adoptemos dependerá el carácter de nuestras respuestas a las preguntas concretas que nos hagamos sobre absolutamente cualquier tema jurídico.

Claramente, Campolieti y Gordillo parten de dos lugares diferentes. Campolieti, como él mismo lo asume ("los abogados hemos sido educados para la conservación"), se ubica, voluntariamente claro, en el rol del abogado como actor que contribuye a la conservación del *statu quo*. Gordillo, por el contrario, ha sido un precursor en la Argentina de quienes ven en el derecho una herramienta para luchar por la modificación del *statu quo*. Esto lo hace, por un lado, evaluando con visión crítica el contenido de las normas y prácticas imperantes. Y, por el otro, cuestionando el discurso legal formalista.

No es difícil trazar un paralelo entre las diferencias Campolieti-Gordillo y la crítica del movimiento del *american legal realism*[2] al discurso jurídico formalis-

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2007-A, 777.

[2] El movimiento del *Legal Realism* puede considerarse un hito en la historia del pensamiento jurídico norteamericano, en cuanto dejó al descubierto que la aplicación del derecho no era una tarea mecánica y objetiva. Otros movimientos surgidos en el marco de la tradición continental —por ejemplo la "jurisprudencia de intereses"— han sostenido posturas similares. Ver en este sentido Cardozo, Benjamín, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921 y su traducción al español por Ponssa, Eduardo, *La Naturaleza de la Función Judicial*, Buenos Aires, Acayú, 1955. Para el funcionamiento subjetivo de la selección de precedentes, ver Cueto Rua, Julio César, *El Common Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Ver también Gordillo, Agustín,

ta.[3] La principal objeción de los realistas era que los formalistas "traducían" los conflictos reales en términos de *conceptos jurídicos abstractos*; y esto les permitía, *sobre la base de razonamientos circulares*, presentar cualquier decisión como una "derivación necesaria" de las reglas preestablecidas.

En palabras de FELIX COHEN, "*en todos los campos del derecho encontraríamos la misma costumbre de ignorar las cuestiones prácticas valorativas o de hecho y de buscar refugio en «problemas jurídicos», que siempre pueden ser resueltos mediante el manipuleo de conceptos técnicos según formas aprobadas.* En cada campo del derecho encontraríamos conceptos peculiares que no son definidos en términos empíricos ni en términos de ética, sino que son usados para responder cuestiones éticas y empíricas, cerrando así el paso a la investigación inteligente de los hechos sociales y de las pautas valorativas sociales (social policy). «Persona Jurídica», «derechos de propiedad», «valor justo» y «debido proceso legal» son conceptos de este tipo [...] *Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Molière de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero* [...] La proposición de que una ley es inconstitucional porque priva a las personas de la propiedad sin debido proceso legal sería científicamente útil si "propiedad" y "debido proceso" fuesen definidos en términos no jurídicos; de otro modo tal enunciado obstruye simplemente el estudio de los hechos relevantes."[4]

Ahora bien, los realistas no atacaban los conceptos jurídicos indeterminados y las discusiones de razonamientos circulares como un mero ejercicio teórico. Es que la "traducción" de los conflictos reales a "trascendental non-sense"[5] *no es casual o insignificante. No da lo mismo argumentar sobre la base de conceptos circulares y abstractos, que exponer el verdadero debate valorativo, de justicia, que existe detrás de cualquier cuestión jurídica. La utilización de un lenguaje técnico desprovisto de toda connotación real y valorativa no es casual ni necesaria sino, por el contrario, funcional a la intención de mantener el statu quo y a evitar la discusión sobre la justicia del contenido de ciertas posturas.*

An Introduction to Law, London, Esperia Publications Ltd, 2003, versión como e-book que puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com.

[3] El enfoque formalista tradicional consideraba al derecho como un sistema de reglas autónomo y sin lagunas, del cual siempre era posible deducir cuál era la ley aplicable para un caso concreto. Esta concepción del derecho también implicaba que las reglas jurídicas debían ser aplicadas en forma "pura" y con prescindencia de cualquier consideración extra-sistema. (Ya fuera moral, política, económica, etc.) Para un enfoque de estas características, ver BEALE, JOSEPH H., *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, Baker, Voorhis and Co., 1935.

[4] COHEN, FÉLIX, *El Método Funcional en el Derecho*, Traducción de GENARO CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 46-7.

[5] Así denomina COHEN en inglés a estos conceptos abstractos que no pueden ser traducidos ni a términos empíricos ni a términos valorativos.

Sobre la base de esa idea, se ha aglomerado el movimiento que, en los Estados Unidos, se conoce como *Critical Legal Studies*.[6] Este movimiento parte del ataque del *legal realism* al discurso formal y denuncia que la retórica jurídica se presenta como neutral e imparcial cuando, en realidad, lo que subyace a las reglas y a las decisiones judiciales son debates de tipo ético que encarnan dilemas "entre visiones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad."[7]

Según los *crits*,[8] el objetivo de "traducir" una pretensión jurídica a conceptos abstractos, es presentarla como "correcta y objetiva," y así evitar la discusión sobre la justicia o conveniencia de la postura defendida.

No sorprende, a esta altura, que CAMPOLIETI (coherente con su posición filosófica) señale que "*el debate alcanza ribetes filosóficos o metajurídicos, no estrictamente jurídicos a los que pretendía ceñirme.*" Es claro que para GORDILLO, como para un realista o para un crit, esta frase encierra en sí misma una contradicción: Lo valorativo, lo político, etc., no está fuera sino que ES el derecho. CAMPOLIETI lo advierte y lo señala: "*Estamos discutiendo en planos distintos.*"

Una visión crítica del derecho, como la que sostiene GORDILLO, pretende discutir sobre el dilema ético encerrado. CAMPOLIETI, desde su postura más conservadora, utiliza *argumentos "statu quo «friendly»."* (Si se me permite el término para ilustrar un poco mejor a qué me refiero.) Desde su posición, argumentos como "me parece que no puede irse a contramano del lenguaje ratificado por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, todos democráticos," son perfectamente válidos. Por el contrario, este tipo de argumentos no pueden ser aceptados por una visión crítica del derecho. El motivo está a la vista: Son claros frenos a cualquier intento de modificar la solución imperante al asunto en discusión, más allá de su justicia/conveniencia/etc.

Desde el punto de vista crítico, se han rechazado los argumentos que defienden ciertas posturas sobre la base de que "esa es la solución que la sociedad adopta en ese momento." (Y, aparentemente, cuestionarlas sería "peligroso" para la seguridad jurídica.)

En este sentido, se ha dicho que se trata de "*discursos de poder (...) respaldados —en los casos del derecho, la economía y las ciencias políticas— por una aparato tecnocrático de justificación racional aparentemente formidable,*

[6] El movimiento conocido como "Critical Legal Studies (CLS)" postula una crítica al derecho y a la educación legal como instituciones que legitiman las injusticias sociales, y denuncia que el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son. Se trata de un movimiento académico, cuyos orígenes pueden remontarse a las luchas sociales de los años '60 en los Estados Unidos. Sobre el CLS, sus orígenes, postulados y distintos enfoques, ver: UNGER, ROBERT, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1986, y COURTIS CHRISTIAN (compilador), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001. Ver también "Notas Sobre la Historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos," Lima, 25 Themis 103, 1993. (Formato digital en www.duncankennedy.net/topics/cls.html)

[7] DUNCAN KENNEDY, "Form and Substance in Private Law Adjudication," (89 Harv. L. Rev. 1685 1976), p. 1685.

[8] Así se denomina a los integrantes del movimiento del CLS.

que sugiere que el conjunto de prácticas sociales dentro de las cuales nos ha tocado nacer en este momento histórico particular es mucho más que un arreglo contingente: que tiene un orden, aunque sea invisible, que tiene sentido (...) Una táctica promisoria para tratar de combatir la desmovilización que es producto de nuestras creencias convencionales (...) es mostrar que la estructura que rige nuestras vidas no es natural sino histórica y contingente: No siempre existió en la forma actual. Este descubrimiento es extraordinariamente liberador, no (o al menos no generalmente) porque haya algo tan maravilloso en las estructuras de creencias del pasado, sino porque al descubrirlas hace que veamos cuán arbitrarias son nuestras categorías (...) *El propósito del CLS como empresa intelectual es tratar de «descongelar», o por lo menos ir martillando poco a poco las categorías mentales que se han congelado debido a su exposición habitual a las prácticas legales, intentando mostrar la forma en que el discurso jurídico contribuye a ese congelamiento (...) Al menos siempre resulta alentador saber que algunos de los más sofisticados argumentos racionalistas, resignados y abrumadores acerca de por qué nada importante puede cambiar son sencillamente erróneos.*"[9]

Aquí quiero recordar, como ya lo anticipé, que los críticos del derecho no se dedican a señalar las falencias argumentativas del formalismo como un mero juego teórico. Tienen un objetivo y un fin. La crítica advierte que la utilización de argumentos que ocultan el debate valorativo ha obstaculizado y retrasado los cambios en los arreglos institucionales y sociales que, muchas veces, son considerados inconvenientes o injustos. *En otras palabras, el discurso formalista, el argumento de que la defensa de la seguridad jurídica vale más que discutir la justicia de las posturas, es un instrumento disuasivo de la crítica, que ayuda a congelar el status quo.* Por ese motivo, una visión crítica del derecho tiene como finalidad lograr un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no hay duda de que el debate entre Campolieti y Gordillo se enmarca en el más profundo del formalismo vs. visión crítica del derecho. En un caso (Campolieti) el derecho y los abogados son vistos como "conservadores" del *statu quo* plasmado en las soluciones normativas y prácticas vigentes. En el otro (Gordillo) el derecho es evaluado con una mirada crítica y el abogado utiliza sus habilidades jurídico-argumentativas para denunciar las injusticias, inconveniencias, etc. De este modo, utiliza las herramientas que posee para lograr la modificación de esos arreglos institucionales.

Las dos posturas están fundadas y tienen mucha historia. La discusión entre estas dos visiones completamente diferentes del derecho continúa a lo largo de

[9] Gordon, Robert W., "Nuevos Desarrollos de la Teoría Jurídica y Cómo 'Descongelar' la Realidad Legal: Una Aproximación a la Crítica del Derecho," en *Desde Otra Mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 325-327. Sobre los discursos dogmáticos como justificación "del poder de turno," y su deconstrucción como punto de partida para una visión crítica del derecho ver Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. I.

los años. Cada abogado elige, hace una opción, y se ubica como crítico o defensor del status quo imperante. En mi opinión, como he dejado ver, la visión crítica es recomendable.

Es cierto, en esto coincido plenamente con CAMPOLIETI, que los abogados "hemos sido educados para la conservación." Sin embargo, también se puede elegir utilizar las herramientas a nuestro alcance para evaluar la justicia o conveniencia de las normas y prácticas imperantes. Uno puede elegir atreverse un poco más a discutir (esta vez sí, *al menos como un ejercicio intelectual*) si nos gustan, si son justas, si son convenientes las posiciones y prácticas plasmadas en el sistema vigente. Y si descubrimos que no nos gustan... es bueno y reconfortante saber que tal vez algo se puede hacer... No se puede negar que los grandes cambios y los grandes hitos del derecho; los grandes fallos de la historia de nuestro país y el mundo (*Siri* y *Kot*, *Brown vs. Board of Education*, y aquí van muchos etc.) han sido el resultado de interpretaciones novedosas, modificación de criterios enraizados, o aceptación de propuestas diferentes a las que hasta ese momento eran doctrina mayoritaria.

Capítulo IV

DISCURSO Y REALIDAD: OTRA MIRADA SOBRE EL DEBATE GORDILLO - CAMPOLIETI[1]

Por Cecilia Yacovino

"El ilusionismo es el arte de crear en el espectador la ilusión de que el artista puede alterar leyes inviolables de la naturaleza, hacer que lo imposible parezca realidad [...] *Consiste en crear la ilusión de que ha sucedido algo que en realidad no puede suceder. Lo que el público valora es la habilidad del ilusionista para sorprenderle y convencerle. Es aquí donde se establece la diferencia."*[2]

Todavía recuerdo el impacto que me produjo saber que el lucero del amanecer y el lucero del atardecer eran, en realidad, una misma cosa.[3] ¿Cómo podía ser que un único objeto fuese, a la vez, dos realidades tan distintas? ¿Acaso cada elemento, cada objeto de lo que entendemos por realidad no tenía asociado una palabra que lo definía y refería, que le daba una identidad?

Creo que ése fue el momento en el que tomé real conciencia de cuál era la naturaleza del lenguaje: No describe el mundo, no lo expresa sino que, fundamentalmente, le da existencia. Así, un mismo objeto en el terreno de la física puede ser, a la vez, dos objetos diferentes en el plano de la experiencia. En gran parte, esto es lo que significa la afirmación de que los seres humanos somos

[1] Publicado originalmente en *RPA*, 2007-1, 83-92, Buenos Aires, Rap, 2007.

[2] Ver en http://fassman-mmir.blogspot.com/2006/09/fassman-y-el-ilusionismo.html.

[3] Con los nombres de "lucero de la tarde" y "lucero del alba" es conocido Venus. En la cultura griega, era conocido por los nombres de Phosphóros (el lucero vespertino), "el que brilla al atardecer" y por Hésperos (el lucero matutino), "el que brilla al amanecer," creyendo que se trataba de dos astros diferentes. Fue Pythágoras de Samos (Pitágoras 580-500 a.d.C.) quien demostró que era el mismo planeta en dos apariciones diferentes. Sin embargo, a pesar del tiempo pasado, es usual que en la actualidad aún se haga referencia a Venus como dos astros diferentes.

sujetos de sentido. Es decir, vivimos interactuando en un mundo no de objetos sino de significados.

A esta altura, ustedes se preguntarán qué tiene que hacer una evocación tan personal en una revista como *Res Publica Argentina*. La respuesta a esta pregunta (por demás pertinente) es que, cuando leí la discusión epistolar entre GORDILLO y CAMPOLIETI acerca de la correcta denominación del decreto-ley 19.549/72, inmediatamente sacudió mi memoria el recuerdo de la reflexión a la que dio lugar aquel episodio sobre el astro dual. De igual manera, en este caso un mismo referente en sentido objetivo (la letra de la norma) constituye significativamente dos realidades distintas: Aunque las palabras sean idénticas, en términos de la realidad vivida (aquélla con la que interactuamos) la ley 19.549 y el decreto-ley 19.549/72 son cosas muy diferentes. Como tales, dan lugar a modos distintos de actuar, se insertan en diferentes universos conceptuales e ideológicos, generan reacciones y afinidades disímiles.

Y si aún quedan dudas, ¿quién podría asegurar que es lo mismo un dictador populista que un héroe revolucionario por el solo hecho de que, en la historia, una misma persona haya sido asociada de modo simultáneo a las dos figuras? Obviamente, diferencias como ésta nunca son inocuas en términos de consecuencias y de lo que son capaces de construir. Así, por ejemplo, la legitimidad o ilegitimidad de Hugo Chávez en Venezuela, los apoyos y oposiciones que despierta, están en relación directa a que su acción sea definida como revolucionaria o totalitaria y demagógica.

Antes de seguir, valga aclarar que soy comunicadora social y no abogada por lo que, evidentemente, hay cuestiones del debate que escapan de mi alcance. Pero, por la misma razón, el acercamiento a la polémica se debe a mi profundo interés por el campo de la comunicación, del funcionamiento del lenguaje, de su papel en la construcción de las significaciones sociales y, por ende, de su rol en la formación de lo que cotidianamente vivimos como realidad.

Hecha esta salvedad, ahora sí, mi visión sobre el debate.

1. *Lenguaje e ideología*

Recordemos, para entrar en tema, cuál es el núcleo del debate planteado en "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional."[5] Sucintamente, GORDILLO cuestiona que CAMPOLIETI, en un artículo de su autoría, hace referencia a la ley 19.549 cuando, en rigor, debería referirse al decreto-ley 19.549/72. Según GORDILLO, en la medida en que la norma emana de un gobierno

[4] LACLAU, ERNESTO y MOUFFE, CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista*, Madrid, Siglo XXI, 1987, p. 123.

[5] GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional," en *LL*, *Suplemento Administrativo*, octubre 2006, p. 69.

de facto, no hay razón alguna para llamarla ley, aun cuando órganos democráticos posteriores la hayan avalado como tal.

Por su parte, en defensa de su postura, CAMPOLIETI argumenta que es correcto llamar ley a la citada norma ya que, años después de su dictado, tanto el Congreso de la Nación como el Poder Ejecutivo Nacional y la Corte Suprema de Justicia han ratificado o aceptado esa denominación. A la objeción de GORDILLO sobre el desconocimiento del carácter ideológico del lenguaje, CAMPOLIETI responde que está de acuerdo en que en el lenguaje existe un uso ideológico pero que su decisión de denominar ley a un decreto-ley es estrictamente jurídica y no política.

Ahora bien, si observamos atentamente el discurso de CAMPOLIETI, vemos que lo que acepta, en rigor, se limita al hecho de que el lenguaje manifiesta una ideología. Lo que, a mi parecer, CAMPOLIETI omite, es que el lenguaje no sólo manifiesta una ideología sino que, fundamentalmente, es el espacio en que la ideología se constituye, consolida y legitima.

Sintéticamente, y retomando algunas de las cuestiones ya esbozadas en éste y en otros artículos,[6] los seres humanos no nos vinculamos directamente con el mundo objetivo sino que lo hacemos por la mediación del mundo de significados que se construye sobre esa objetividad, principalmente en el espacio del discurso. Es allí donde las significaciones sociales se formulan, disputan, modifican y circulan. Es allí donde se lucha, define y cristaliza lo que el conjunto social termina aceptando como lo real.[7]

Al respecto, lo que es importante mencionar es que aquel mundo de significados es vivido como realidad objetiva, externa a nosotros e independiente de toda subjetividad. Allí, en la invisibilidad del mecanismo, reside la clave de su éxito: Mientras creemos que el lenguaje expresa algo que está allí, esperando ser descrito, el lenguaje crea ese mundo que dice expresar. Para ser más clara, valga citar a ROLAND BARTHES en su afirmación de que el lenguaje opera la naturalización del orden simbólico y que, en la percepción, se asume el resultado de procedimientos discursivos como si fuesen la cosa misma.[8] Es decir, se naturaliza como evidencia de sentido lo que no es otra cosa que la resultante de mecanismos discursivos específicos.

Desde este contexto conceptual es que pienso que, para comprender en toda su magnitud lo que significa el carácter ideológico del lenguaje, hay que ir un

[6] YACOVINO, CECILIA, "De la crisis del poder al poder de la crisis," en *Res Publica Argentina,* 2005-1, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 99.

[7] Ver, por ejemplo, HALL, STUART, "Significado, representación, ideología," en CURRAN, JAMES; MORLEY, DAVID y WALKERDINE, VALERY (compiladores), *Estudios culturales y comunicación. Análisis, producción y consumo cultural de las políticas de identidad y el posmodernismo*, Barcelona, Paidós, 1998; BARTHES, ROLAND, *Mitologías,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2003; RORTY, RICHARD, *La contingencia del lenguaje*, Barcelona, Paidós, 1998, cap. "Contingencia, ironía y solidaridad;" LACLAU, ERNESTO, *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1993; LACLAU y MOUFFE, *op. cit.*

[8] BARTHES, *op. cit.*

paso más allá de lo que va CAMPOLIETI. Considerando lo que acabamos de ver, únicamente limitándonos a aceptar que el lenguaje manifiesta una ideología (pero olvidándonos que la constituye y apuntala) podemos hacer de la diferencia entre ley y decreto-ley una simple cuestión semántica que convierta a dicha diferencia en una alternativa inocua en términos de efectos y de consecuencias de las cuales hacerse responsable.

Como se desprende del párrafo anterior, CAMPOLIETI no comparte la idea de que el modo de denominar la norma referida sea un dato de mayor trascendencia a la hora de hacer su análisis. Y es precisamente por eso que puede separar el terreno jurídico (al que pretende ceñirse) del político-ideológico. Sin embargo, esta pretensión —a todas luces una ilusión— es un imposible: La ideología no es un área más entre otras sino que es transversal a todas las dimensiones de lo social.[9] Más aun, el funcionamiento ideológico opera con mayor intensidad allí donde no se lo ve. De aquí que el discurso político más efectivo sea aquél que pretende mantenerse al margen de ese mismo espacio político del que dice no participar.

Vayamos un poco más allá y veamos qué es lo que se está poniendo en juego en términos de ideología, y por intermedio de qué mecanismos, en este debate por la denominación de la norma registrada bajo el número 19.549/72.

2. *Elecciones*

Como primer paso, una obviedad: Cuando uno elige decir las cosas de una manera elige, también, no decirlas de otra. Desde este ángulo, la elección de CAMPOLIETI de hablar de ley en vez de decreto-ley no es inocente, ya que opta por eliminar el término decreto con todo lo que ello significa. Para avanzar en este sentido hagamos una breve referencia al mecanismo del lenguaje y al funcionamiento de la significación.

2.1. *Cadenas significantes*

Al afirmar el emplazamiento de la ideología en el dominio del lenguaje rompemos, a la vez, con las concepciones del lenguaje como sistema cerrado de signos que articulan un significante y un significado en una relación biunívoca. Así, para autores como STUART HALL, si los signos comunican algún significado es por el modo en que están organizados al interior de cadenas de significantes,

[9] Al respecto, podemos ver la aplicación de este concepto al caso específico del derecho en MILJIKER, MARÍA EVA, "¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico," en *LL*, *Suplemento Administrativo*, diciembre 2006, p. 60: "Es claro que para Gordillo, como para un realista o para un *crit*, esta frase encierra en sí misma una contradicción: lo valorativo, lo político, etc., no está fuera sino que ES el derecho."

[10] LIZCANO, EMMÁNUEL, *Metáforas que nos piensan. Sobre ciencia, democracia y otras poderosas ficciones,* Madrid, Ediciones bajo cero: traficantes de sueño, 2006, p. 250.

por su relación con los signos que las componen.[11] ¿Qué implica esto? Un ejemplo concreto servirá para ilustrar.

En *La estructura ausente*[12] UMBERTO ECO nos muestra cómo el término "azúcar" fue mutando su significado al modificarse la red de significaciones sociales en las que estaba inserto. Puntualmente, promediando la década del '60 la palabra "azúcar" tenía una significación negativa derivada de su inserción en la siguiente cadena de significantes, y de su oposición con otra cadena que también se reseña a continuación:

Azucar	Vs.	Ciclamato (*endulzante químico utilizado en productos dietéticos*)
Gordo	Vs.	Flaco
Posible infarto	Vs.	No infarto
=		=
Muerte	Vs.	Vida

En este contexto de sentido, en 1969 científicos estadounidenses descubrieron que el ciclamato (valorado positivamente) provocaba cáncer en quienes lo consumían. Evidentemente, con esta nueva información las cadenas de significantes anteriores se modificaron y, en consecuencia, también el significado del término "azúcar" sufrió una radical transformación: "Azúcar" ya no se oponía a "ciclamato" sino a "cáncer," con lo cual ahora quedaba asociado no a "muerte" sino a "vida."

Azucar	Vs.	Ciclamato
Gordo	Vs.	Flaco
Posible infarto	Vs.	Cáncer seguro
=		=
Posible vida	Vs.	Muerte segura

Por esta reestructuración del campo semántico, mientras hasta ese momento los productos dietéticos subrayaban el uso de ciclamato para remarcar la falta de azúcar, a partir de ese entonces —y paradójicamente— por un tiempo esos mismos productos comenzaron a utilizar la frase "con excipiente de azúcar" como medio de promoción.

Apliquemos, ahora, estas nociones al caso específico que nos ocupa.

[11] Ver HALL, "Significado, representación, ideología," *op. cit.;* HALL, STUART, "La Cultura, los Medios de Comunicación y el «Efecto Ideológico,»" en CURRAN GUREVITCH *et al.*, *Sociedad y comunicación de masas*, México, FCE, 1981; HALL, STUART, "El Problema de la Ideología: marxismo sin Garantía," en *Revista Doxa*, Año IX, nº 18, Verano 1998.

[12] ECO, UMBERTO, *La estructura ausente*, Barcelona, Lumen, 1986, pp. 79-80.

2.2. *Abracadabra: Eliminación, omisión y olvido*

A la luz de los conceptos planteados en el punto anterior ¿qué cadenas de significantes se movilizan cuando hablamos de ley y cuáles cuando hablamos de decreto-ley?

Ley ▼	Vs.	Decreto-ley ▼
Congreso ▼	Vs.	Presidente ▼
Democracia ▼	Vs.	Gobiernos de facto ▼
Deliberación ▼	Vs.	Imposición autoritaria ▼
Debate ▼	Vs.	Ausencia de debate ▼
Decisión consensuada	Vs.	Decisión unilateral
=		=
Legitimidad	Vs.	Ilegitimidad

Como vemos, aunque se trate de definir a un mismo objeto, decir ley y decir decreto-ley no es lo mismo: Uno y otro término ponen en marcha cadenas de significantes completamente distintas, con lo cual dan lugar a construcciones de la realidad abiertamente diferentes.

En función de esto, ¿qué pasa cuando se elimina el término decreto en la denominación de una norma y se la llama sencillamente ley? Claramente, el resultado de esta operación es borrar el componente autoritario que está en su origen (en términos de unilateralidad de la decisiones y evasión de las instancias de debate) y, con él, la carga de negatividad que ese origen arrastra.[13] Dicho de otro modo, eliminar la palabra decreto es, en realidad, borrar "la marca de la bestia:" Aquello que lo delata como producto de una cuestionable práctica política.

A este resultado (ya de por si controversial) hay que agregar que, además del elemento de unilateralidad presupuesto en la naturaleza del decreto, lo que desaparece es una categoría política en sí misma de gran importancia histórica para el país. Puntualmente, se desarticula decreto-ley como término único,

[13] Aunque de maneras diferentes, esta visión tiene puntos de encuentro con algunas de las tesis sostenidas por Miljiker en su obra ya citada. Allí se plantea que Campolieti habla desde el discurso jurídico formalista y, por ende, estaría en la vereda opuesta al movimiento conocido como *Critical Legal Studies*. Para este último, el formalismo utiliza argumentos que ocultan el debate valorativo y, por lo tanto, reproduce el *statu quo* al obstaculizar y retrasar cambios en los arreglos institucionales y sociales.

con las connotaciones específicas ligadas a los mecanismos legislativos en los gobiernos de facto.

¿Qué se obtiene de esta manera? Por un lado se eliminan las asociaciones que operan en quienes tienen incorporado el término decreto-ley en su universo de significados. Por el otro, sobre todo en generaciones para las cuales el movimiento pendular entre dictaduras y democracias es algo lejano, la categoría de decreto-ley directamente cae en el olvido y queda desactivada como realidad posible.

Por lo antedicho, es evidente que lo que está en juego en el mecanismo discursivo descrito no tiene que ver específicamente con el contenido del decreto-ley 19.549/72. De aquí que sea significativo el argumento de CAMPOLIETI cuando dice: "Cabría preguntarse si el Congreso de la Nación puede transformar en ley algo que originalmente no lo era. La respuesta práctica es positiva, porque en lugar de ratificarlo por ley, bastaría haber sancionado directamente una ley con idéntico texto." Esta forma de plantear la cuestión no hace otra cosa que demostrar el triunfo del artilugio puesto en marcha: El foco de interés se pone en el contenido de la norma, mientras su forma de sanción pasa a segundo plano como un detalle menor, reparable y que no afecta al centro del problema.

Creo que aquí se ve con bastante claridad cuál es el *modus operandi* del ardid lingüístico, así como también que el lenguaje no sólo expresa una ideología sino que, más importante aun, la consolida y reproduce cada vez que alguien habla y evoca todo el universo de significados en el que se insertan sus palabras. Sin embargo, aunque es cierto que el mecanismo tiende a borrar "la marca de la bestia," estrictamente hablando eso es imposible y el gesto autoritario que está en el origen del decreto-ley 19.549/72 no se elimina. Lo máximo que se puede hacer en esa dirección es ocultarlo al modo del ilusionista: No hay magia, el objeto no desaparece, pero la habilidad del prestidigitador puede crearnos la ilusión de que el objeto no está delante de nuestros ojos y de que, por lo tanto, el objeto ya no existe.

3. *Discurso y Responsabilidad*

A riesgo de aburrir a abogados con temas como los abordados en los apartados anteriores, me pareció pertinente detenerme en cuestiones lingüísticas porque estoy convencida de que sólo la plena conciencia del carácter ideológico del lenguaje —con todo lo que ello significa— nos permite elegir libre y responsablemente a qué ideas queremos aportar con nuestro discurso y nuestra acción.

Aunque a primera vista puedan parecer especulaciones meramente teóricas y abstractas, es importante no perder de vista que el lenguaje no es inocuo y que no hay un solo término que no evoque, a la vez, todo el sistema de ideas, conceptos, representaciones e imágenes en el que él existe. Es decir,

[14] LIZCANO, *op. cit.,* p. 124.

cada vez que articulamos una palabra estamos, también, adhiriendo y confirmando la totalidad del universo ideológico al que esa palabra pertenece.

Por todo ello, no se trata de que en "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional" GORDILLO esté hablando desde una posición política y CAMPOLIETI deje afuera ese componente para ceñirse únicamente a la dimensión jurídica de la cuestión. Le guste o no le guste, con conciencia o sin ella, CAMPOLIETI hace también su opción, aunque quiera creer que puede mantenerse al margen de esa discusión.[15] En lo que a este tema se refiere nunca se está afuera. No hay puntos arquimédicos desde los cuales mirar lo ideológico. Estamos siempre adentro porque somos sujetos de sentido. Porque somos sujetos de lenguaje. Y porque, donde hay lenguaje, hay ideología.

[15] Esta inevitabilidad de la opción está ya señalada tanto por GORDILLO como por MILJIKER en sus respectivos artículos sobre este debate epistolar. Ver GORDILLO y CAMPOLIETI, *op. cit.*; MILJIKER, *op. cit.*

Capítulo V

LA FUERZA DE LAS PALABRAS (O LAS PALABRAS DE LA FUERZA)

Por Nicolás Diana

Sumario

1. Introducción 45
2. La ilusión del lenguaje. La realidad de los hechos 46
3. Las funciones del derecho: Organización, legitimación y limitación del poder político 48
4. Legalidad vs. Legitimidad 49
5. La mitología de nuestras palabras 51
6. La decadencia institucional: Los golpes de Estado 54
6.1. La asunción del General Mitre 55
6.2. El golpe del 6 de septiembre de 1930 56
6.3. El golpe del 4 de junio de 1943 57
6.4. Funcionarios de facto vs. funcionarios usurpadores. Los actos derivados 57
6.5. Los golpes de 1955 y 1966. La fuerza se impone a la institucionalidad 58
6.6. Los decretos-leyes y su vigencia 59
6.7. La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confusión del discurso 59
6.8. Nuevamente el valor de las palabras 60
7. La doctrina de facto: Las palabras de la fuerza (usurpadora) 61
7.1. ¿Fundamento inatinente? 61
7.2. La doctrina de facto según Constantineau 61
7.3. Breve análisis de la Acordada del 10 de septiembre de 1930 63
7.4. La fuerza por sobre el Derecho: ¿El sinceramiento de nuestras

instituciones? 64
7.5. El acompañamiento judicial a la decadencia institucional. Cambian los hombres, pero no la historia 65
8. Responsabilidades compartidas, pero no asumidas 68
9. El discurso metajurídico. Colofón 70

Capítulo V

LA FUERZA DE LAS PALABRAS (O LAS PALABRAS DE LA FUERZA)[1]

Por Nicolás Diana

"Siento muy profundamente que gran parte del cuestionamiento hacia nuestros jueces y que muchas de las deficiencias en la prestación del servicio de justicia tienen su origen en falsas concepciones, o en la alteración y variación de las mismas, sobre los límites del poder judicial, la esencia de la función jurisdiccional, y la naturaleza del proceso judicial. No podemos esperar eliminar la impaciencia de la arbitrariedad judicial y todos los abusos generados por la justicia por encima de la integridad del poder judicial, hasta que establezcamos un acuerdo general sobre aquellas cuestiones que son fundamentales."

Cardozo, Benjamin N., *The growth of the Law*[2]

1. *Introducción*

El presente trabajo tiene por objeto retomar la discusión de la aplicación de la *doctrina de facto* en nuestro país por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y tolerada desde la doctrina nacional. Debate abandonado con el retorno de la democracia hacia 1983, pero cuya problemática resulta tan atrapante como hace setenta años, especialmente por el carácter expansivo que posee esta interpretación respecto a otros institutos vinculados con el estado de necesidad o la emergencia.

[1] Publicado originalmente en *RPA*, 2007-1, 90.

[2] New Haven, Yale University Press, 1924, pp. 144-145, traducción propia. La versión original en inglés dice: "I feel very profoundly that much of the criticism of courts and many blunders of courts have their origin in false conceptions, or at any rate in varying conceptions, of the limits of judicial power, the essence of the judicial function, the nature of the judicial process. We may not hope to eliminate impatience of judicial restraint, and even revolutionary encroachments upon the integrity of judicial power, till we settle down to some agreement about the things that are fundamental."

Nada de lo que se afirmará aquí es novedoso ni original —de hecho nada lo es— solamente intentamos arribar a una reflexión sobre el poder del discurso en la realidad política argentina, pero principalmente cuestionar(nos) la función del lenguaje en el armado del entramado jurídico que supo resguardar la *legalidad* de lo *ilegítimo*.[3] La confusión permanente de lo político, lo jurídico y el valor conferido al discurso (judicial y académico) son aspectos que aquí serán tratados tangencialmente, pero con la profundidad necesaria para incluirlos en el proceso histórico nacional vivido durante gran parte del siglo XX que no supo estar a la altura de las instituciones y que se inició formalmente en 1930.

En síntesis, nuestro planteo es dejar sentadas las bases como para demostrar que la distancia entre el sistema ideal pensado por nuestros constituyentes —plasmado en la Ley Fundamental— y la realidad del sistema institucional tal como funcionó, son parte de una ficción en la que el derecho del más fuerte se impone por encima de las instituciones como una constante arraigada en la sociedad argentina, donde el discurso del *estado de necesidad* se sigue aplicando hasta nuestros días para justificar *jurídicamente* lo *injustificable*.

2. *La ilusión del lenguaje. La realidad de los hechos*

La fuerza de las palabras, no tiene más que el peso que cada uno de nosotros y la sociedad, en su conjunto, le confieren. La *verdad* no tiene más valor que el dado por la autoridad (política, académica, etc.) y aceptado o tolerado por la comunidad.

FOUCAULT ha explicado con claridad, que siempre hay dos historias de la *verdad*. "La primera es una especie de historia interna de la *verdad*, que corrige partiendo de sus propios principios de regulación: Es la historia de la *verdad* tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la *verdad*, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la *verdad*."[4]

Existen tantos significantes como significados, pero lo que convencionalmente aceptamos —especialmente en derecho— nos lleva hacia el campo de lo ficcional donde la realidad intenta ser atrapada por el valor intrínseco conferido a las palabras. (O por la ilusión que supone su existencia.)

[3] Sostenía JORGE LUIS BORGES que "[h]e intentado, no sé con qué fortuna, la redacción de cuentos directos. No me atrevo a afirmar que sean sencillos, no hay en la tierra una sóla página, una sola palabra, que lo sea, ya que todas postulan el universo, cuyo más notorio atributo es la complejidad." (Prólogo a "El informe de BRODIE," *Obras completas*, v. 2, Buenos Aires, Emecé, 2004, 14ª ed., p. 399.)

[4] FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, 4ª re-impresión, p. 17.

La historia de estas dos *verdades*, no implica la *verdad* de la historia, sino el grado de deformación y adaptación de las *verdades* implícita y explícitamente incorporadas en las palabras utilizadas y, por ende, en el lenguaje.

"Aunque a primera vista puedan parecer especulaciones meramente teóricas y abstractas, es importante no perder de vista que el lenguaje no es inocuo y que no hay un solo término que no evoque, a la vez, todo el sistema de ideas, conceptos, representaciones e imágenes en el que él existe. Es decir, cada vez que articulamos una palabra estamos, también, adhiriendo y confirmando la totalidad del universo ideológico al que esa palabra pertenece."[5]

Nos interesa el lenguaje común y propio del saber jurídico: El lenguaje judicial y la aplicación —sin anestesia— de remedios jurídicos a las *enfermedades políticas y sociales*.[6]

En derecho, existen términos y construcciones que se denominan principios o institutos, teorías o doctrinas, pero su poder de convicción no es otro que el otorgado especialmente por los tribunales —pero también por la doctrina— al momento de utilizarlos, aplicarlos, criticarlos y justificarlos.

Somos responsables de su aceptación o rechazo y los abogados —especie común en los distintos poderes del Estado— no casualmente representamos la escenografía donde se monta toda esta gama de vocablos tan interesantes, donde se equipara lo legítimo a lo ilegítimo, lo legal a lo ilegal, donde se idealizan los hombres y sus vicios.[7]

Todo es discutible, gracias a que el derecho no es más que una técnica de dominación y control social, de casos concretos —entendemos que no es una ciencia, menos todavía exacta— que abarca el fenómeno humano como género; político, económico y social en la especie.[8]

[5] YACOVINO, CECILIA, "Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate GORDILLO - CAMPOLIETI," *Res Publica Argentina*, 2007-1, Buenos Aires, Rap, p. 35.

[6] Compartimos el criterio esbozado por CILURZO, en el sentido que "el Derecho no es mera dogmática jurídica y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no pueden configurar interpretaciones literales de normas, desvinculadas de la realidad; pero tampoco so pretexto de contemporizar realidades podrán desligarse de la responsabilidad máxima que detentan como órgano rector e intérprete final de la Constitución Nacional." (CILURZO, MARÍA ROSA, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables)," *LL*, *Suplemento Constitucional*, 22-VIII-06, p. 17.)

[7] "Lo esencial de nuestra embriaguez [de la voluntad] es sentirnos en posesión de todas nuestras fuerzas y en un momento de intensificación de éstas. Este sentimiento lo proyectamos sobre las cosas, obligándolas a que reciban algo de nosotros, violentándolas; a este proceso se le denomina idealizar. Liberémonos de un prejuicio respecto a esto: En contra de lo que se suele creer, idealizar no consiste en quitar o dejar de lado lo pequeño y accesorio; lo decisivo es, más bien, extraer de una manera formidable los rasgos fundamentales, de forma que el resto queden eclipsados ante ellos." (NIETZSCHE, FRIEDRICH, "Incursiones de un intempestivo," en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005, p. 885.)

[8] Pese a que el derecho comparte con otras ciencias sociales su objeto de estudio, es decir al hombre y sus instituciones, la función que posee como técnica se vincula a la organización y control social, como una evolución de los lazos sociales primitivos en los cuales las instituciones y las normas venían dadas por la religión y la costumbre. Aún cuando podamos pensar en un sistema internacional de

El conocimiento jurídico se podría sintetizar y simplificar en la recopilación normativa, jurisprudencial y doctrinaria desde Roma en adelante vinculada a la organización social, política y económica de la sociedad humana en el tiempo y en el espacio. Aunque este conocimiento no reúne la tipicidad del conocimiento científico, pese a que pueda compartir métodos con otras ciencias sociales y se pretenda incluirla allí, como una rama autónoma.

3. *Las funciones del derecho: Organización, legitimación y limitación del poder político*

Hay tantos derechos como comunidades humanas organizadas, tengan o hayan tenido mayor o menor desarrollo en la historia; sintéticamente apuntan todos al mismo fin: Garantizar la *pax social*.

Según las épocas, podrá verse confundido con la moral, la ética y la religión, pero el derecho no es más que una técnica de cooptación y control comunitario, con un especial sistema conminatorio establecido para su cumplimiento.

Ese control, en términos de DUVERGER,[9] hace que el derecho posea una triple función frente al poder: Lo organiza, lo legitima y lo limita.

Y es en el campo de la legitimidad donde el derecho adquiere un protagonismo indiscutible: Justifica el poder.

Destacamos entonces que así como la realidad se muestra confundida y es el observador quien discrimina qué y de qué modo observa y analiza de aquélla, se presentarán aquí aspectos políticos, jurídicos y sociológicos entrecruzados porque responden a una misma cuestión: La *doctrina de facto* y su tolerancia. (Académica, jurídica y judicial.)

En un principio, todo era caos y descontrol —la ficción del estado de naturaleza— hasta que los hombres se organizaron y conformaron la sociedad civil (Estado), a través de un contrato —otra ficción jurídica trasladada ahora al campo político.

¿Cuándo sucedió esto? Es poco exacta su cronología, aunque podemos afirmar que el Estado moderno surge luego del Tratado de Westfalia en 1648.[10]

los derechos humanos, es difícil, aceptar que el derecho es un "conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados" (cfr. http://www.rae.es), por lo menos, la historia nos demuestra que de él no se "deducen principios y leyes generales," sino que cada sistema jurídico posee los suyos y que éstos varían según los tiempos y los hombres. Se pueden quizás compartir ciertos principios, pero cada organización política los hace jugar del modo más conveniente a los intereses de la Nación o de quiénes la controlan.

[9] DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, 5ª ed. española, p. 40 y ss., donde sostiene que "el derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder, una forma del poder. Organiza el poder, institucionaliza el poder, contribuye a legitimarlo. Pero, no obstante, comporta también elementos de garantía contra el poder."

[10] Al tratar sobre la Constitución formal y material, HELLER indica que "el aumento de la normalidad por el aumento de la normatividad autoritaria y según un plan, en las modernas Constituciones, guarda la más estrecha conexión con la necesidad de producir, con arreglo a un plan y mediante una creación consciente de normas, una normalidad y previsibilidad cada vez más amplias en las

¿Bajo qué pretexto los hombres cedieron parte de sus derechos y se lo confirieron a un tercero imparcial e idóneo? Existen y existieron de hecho como de derecho (*de facto* o *de jure*), tantos sistemas políticos y jurídicos como se nos ocurran y si bien el dato no es menor, tampoco es lo más relevante.

Lo que realmente importa, en nuestra humilde concepción plagada de subjetividad, es tener en cuenta el sistema elegido por cada sociedad para aceptar que el poder conferido es legítimo.

4. *Legalidad vs. Legitimidad*

A los fines de no caer en equívocos, es necesario distinguir entre la *legalidad* y la *legitimidad* del poder. Así es que "la legalidad del poder consiste en su conformidad con el derecho positivo existente. La legitimidad del poder consiste en su conformidad con las teorías del poder aceptadas en la época, en el ciudadano, la legalidad es el signo de la legitimidad. La legalización del poder comporta, pues, su legitimación. Solamente en el caso de que la legalización sea imposible, el usurpador apela directamente a las teorías de la legitimidad."[11]

La importancia de los conceptos *legalidad* y *legitimidad del poder* (del sistema político) se vincula directamente con la estabilidad de cualquier democracia, a lo que se aduna la idea de *eficacia*, entendida como *verdadera* actuación en "el grado en que el sistema satisface las funciones básicas de gobierno tales como las consideran la mayoría de la población y grupos tan poderosos dentro de ella como lo son las altas finanzas[12] o las fuerzas armadas."[13]

La *legitimidad* implica la capacidad del sistema para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad. Hasta qué punto los sistemas políticos democráticos contemporáneos

relaciones sociales. El desarrollo cultural está siempre condicionado por una creciente división del trabajo y, con ello, por un aumento de la dependencia recíproca de grupos sociales espacialmente separados que se ven forzados a entrar en relaciones estrechas unos con otros. La intensificación de la división del trabajo y del intercambio reclama una mayor seguridad del tráfico, que viene a ser lo que los juristas llaman seguridad jurídica. La seguridad del tráfico y la seguridad jurídica reclaman en alto grado una sujeción a plan y una previsibilidad de las relaciones sociales. A esta intensa y amplia racionalización sólo se puede llegar, en lo que no baste lo tradicional geográficamente limitado, haciendo que las relaciones sociales, singularmente las políticas, económicas y militares, se vean sometidas en medida creciente (tanto en su materia como respecto al territorio) a una ordenación unitaria, es decir, que sean normadas de modo planificado desde un centro y, por eso mismo, normalizadas. **El resultado final, por el momento, de este proceso formal de racionalización social es el Estado actual, que ha organizado de manera unitaria la administración de justicia y la ejecución coactiva gracias a su cuerpo de funcionarios, y que ha centralizado la legislación especialmente por medio de las Constituciones escritas así como por las grandes codificaciones de los siglos XVII al XIX."** (HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, 6ª ed., p. 272. El destacado es propio.)

[11] DUVERGER, *op. cit.*, p. 41, agregando que el usurpador afirma, "como el autor del golpe de Estado francés del 2-XII-1851: «Yo sólo he salido de la legalidad para entrar en el derecho,» tomando esta última voz en el sentido de «derecho natural» […] y de «legitimidad»."

[12] Golpes de 1861 y 1930.

[13] Golpes de 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976.

son legítimos, depende, en gran medida de las formas en que se resolvieron los acontecimientos clave que dividieron históricamente a la sociedad. Mientras la *eficacia* es fundamentalmente instrumental, la *legitimidad* es valorativa.[14]

¿Qué valores sirvieron de base a la instalación de gobiernos *usurpadores* en nuestro país? ¿Fueron los mismos que formaron las bases para conformar la Constitución de 1853-60?[15]

¿Quién, sino la autoridad elegida por los procedimientos constitucionales, representa —en la teoría ficcional de la representación política— los intereses de la sociedad?[16]

¿Dónde está plasmada la imagen ideal del poder constituido? En ningún otro lado que no sea la Constitución de cada país, pero en la construcción dogmático jurídica argentina la teoría de la legitimidad dejó de lado la Carta Fundamental, por intermedio de la *doctrina de facto*, instalando nuevos valores o priorizando otros intereses, so pretexto de la *salud de la Nación*.[17]

Así es que la razón de Estado[18] fue aplicada en términos puros en nuestro país con sustento en evitar la desintegración nacional y la pérdida de los valores de la sociedad occidental y cristiana, asumir un rol tutelar las fuerzas armadas frente a la inmadurez política de la ciudadanía, preparar el camino hacia la democracia y cuanto argumento en clave autoritaria que se nos ocurra, ya que la justificación del uso de la fuerza en algunos casos, como en el golpe del '55, tuvo como eje el supuesto ejercicio del derecho de resistencia a la presión (*jus resistendi*.)[19] Eso

[14] LIPSET, SEYMOUR MARTIN, *El hombre político. Las bases sociales de la política,* Buenos Aires, EUDEBA, 1963, p. 57.

[15] En otro trabajo, hicimos hincapié en que quizás el dilema moral pasa en gran medida, "por hacernos cargo de nuestra realidad constitucional y de los valores con los cuales pretendemos vivir esa realidad. Es hora de madurar. Es hora de decidirnos sin moralinas, prejuicios o pruritos, pero decidir, al fin y al cabo, nuestro destino..." (BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, "Los superpoderes al jefe de gabinete," *LL*, *Suplemento Actualidad*, 27-VII-06, p. 1.)

[16] Ficción equivalente a ilusión. Al decir de NIETZSCHE, "las ilusiones son ciertamente placeres costosos; pero la destrucción de las ilusiones es aún más costosa cuando la consideramos como un placer, lo que indudablemente lo es entre ciertas personas." (*El viajero y su sombra*, "312. Destrucción de las ilusiones," Barcelona, Edicomunicación, 1994, p. 146.)

[17] Anotaba NICOLÁS MAQUIAVELO, que "no hay cosa más difícil de tratar, ni en la que el éxito sea más dudoso, ni más peligrosa de manejar, que convertirse en responsable de la introducción de un nuevo orden político; porque todo innovador tiene como enemigos a cuantos eran beneficiados por el viejo orden y como tibios defensores a aquellos a quienes las nuevas leyes favorecerían." (*El príncipe*, Buenos Aires, Distal, 2003, cap. VI, pp. 42-43.)

[18] "Procure pues el príncipe ganar y conservar el estado: Los medios serán siempre juzgados honorables y alabados por todos; ya que el vulgo se deja cautivar por la apariencia y el éxito, y en el mundo no hay más que el vulgo; y los pocos no tienen sitio cuando la mayoría tiene donde apoyarse." (MAQUIAVELO, N., *op. cit.*, cap. XVIII, p. 97.)

[19] GERMÁN J. BIDART CAMPOS, señalaba hace casi 34 años atrás que "[d]e los movimientos de fuerza que, en las postrimerías del siglo pasado y al filo del actual, se llevaron a cabo invocando la pureza del sufragio y los vicios de «el régimen» y «el unicato», se pasa entre 1930 y la actualidad a los que, con más destreza y estrategia, alcanza el botín de la victoria desalojando a gobiernos constitucionales. Pero hay que hacer una salvedad: poniendo al margen del juicio la intención de cada golpe de estado y de sus participantes —porque la crítica histórica debe ser cauta cuando penetra en el

sí, con el detalle de que la ciudadanía con derecho a voto no los había elegido para asumir tan importante función, pero con el fin de subsanar la deficiencia de origen bastó la jurisprudencia de la Corte Suprema,[20] seguida y desarrollada posteriormente por la doctrina nacional.

Tal afirmación no es una acusación, ni mucho menos. Tan solo es la realidad de los hechos y la asunción del rol del jurista en la sociedad moderna. Como señalaba Ross, "el papel del jurista como político jurídico es desempeñarse, en la medida de lo posible, como un técnico racional. En este papel él no es conservador ni progresista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a disposición de otros, en este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político."[21]

El problema radica en establecer el límite a la función técnica del jurista cuando lo que se trata de sostener es un sistema jurídico cuya base fundamental —su Constitución— ha sido violada por aquellos que gobiernan con el único sustento de la fuerza como elemento de legitimación.

5. *La mitología*[22] *de nuestras palabras*

Mito o realidad, la Constitución pone coto a la situación primitiva de la sociedad (argentina) en la cual la Nación se encontraba desorganizada políticamente y establece un único sistema (electoral) que garantiza que aquello que considera-

ámbito de las motivaciones subjetivas y de las proclamas que sobre el triunfo emiten los que de él aprovechan— y haciendo lo más objetiva posible narración de las políticas tramposas o viciadas contra las cuales ha reaccionado la fuerza armada, la parábola de los motines militares registra una revolución plenamente justificada en el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión. Es la Revolución Libertadora del 16 de setiembre de 1955 que depone a Perón y sustituye su régimen totalitario por una democracia. Más allá de las discrepancias que pueda despertar la gestión del gobierno de esa revolución, el movimiento en sí mismo puso término a una etapa que infló al máximo la egolatría de los personalísimos criollos perfilados por el liderazgo de poder, y liquidó el sistema que un nutrido sector del pensamiento político ha denominado la «segunda tiranía»." ("Diagrama histórico-constitucional de las fuerzas armadas en Argentina," *ED*, 47-843.)

Cabe preguntarse, con el respeto y la admiración ante quien fue en vida unos de los grandes constitucionalistas y juristas del siglo XX: ¿Cómo se puede justificar un golpe de Estado sin justificar al mismo tiempo a todos? ¿Cómo podemos defender el Estado de Derecho si aceptamos como un hecho normal al quiebre institucional? ¿Cuándo es legítimo golpear la puerta de los cuarteles y cuándo no, dónde está ello establecido?

[20] *Como muestra basta un botón*, así es que recordamos que nuestra Corte Suprema también ha sostenido que "en cuanto sea indispensable para el funcionamiento del Estado y llevando al mínimo la derogación del principio representativo, el gobierno de facto tiene facultades para adoptar disposiciones de carácter legislativo que, salvo su ratificación por el Congreso, dejan de regir para el futuro una vez que el país ha vuelto a la normalidad; ello sin perjuicio de la atribución de los tribunales de justicia para restablecer los principios constitucionales que tutelan la seguridad jurídica y el régimen de los derechos fundamentales de la vida civil si fueren desconocidos por dichas disposiciones. Mas dicho gobierno no puede válidamente crear penas ni agravar las existentes." (CSJN, *Anders, Carlos y otros*, *Fallos*, 204: 345, 1946.)

[21] Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1994, 5ª ed., p. 364.

[22] Definido, en su primera acepción, como conjunto de mitos de un pueblo o de una cultura, especialmente de la griega y romana. (http://www.rae.es.)

mos el *poder*, sea ejercido por quién (o quiénes) respondan a la calidad exigida para estar sentados donde les corresponde, con el consenso que en apariencia brinda el sufragio, a través de la regla de la mayoría, donde esta gobierna y la minoría —no elegida— controla.[23] Esto es así, por lo menos, en la mayoría de las democracias representativas actuales, siendo la forma de gobierno predominante en la era contemporánea.

Básico y simple, tan sólo se requiere haber sido elegido del modo constitucional y legalmente preestablecido, para acceder a los cargos públicos (magistraturas) según los procedimientos del caso.

Ahora bien, desde los albores de nuestra patria, los argentinos hemos conocido no sólo la ausencia de respeto por nuestras instituciones y normas, sino también la adoración a falsos ídolos que permitieron eludir un vicio originario en el modo en el cual se accedió al cargo, transformándolos en verdaderos gigantes de pies de barro.[24]

Nótese, a simple modo de ejemplo, que en 1861 la fuerza militar dirigida por Bartolomé Mitre, derrocó al gobierno del entonces presidente Derqui y se estableció como *autoridad usurpadora* del poder político, con todas las consecuencias que ello supone.[25]

[23] Puede agregarse que para que este pacto (social), "no sea, pues, una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso, que sólo puede dar fuerza a los restantes, y que consiste en que quien se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado por todo el cuerpo: lo que no significa sino que se le obligará a ser libre, pues ésta es la condición que garantiza de toda dependencia personal, al entregar a cada ciudadano a la patria; condición ésta que constituye el artificio y el juego de la máquina política, y que hace legítimos los compromisos civiles, los cuales sin ello serían absurdos, tiránicos, y estarían sujetos a los más grandes abusos." (Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1997, pp. 18-19.)

[24] Agustín Gordillo ha señalado con certeza que nuestro sistema constitucional ostenta una doble fragilidad, "la fragilidad de una Constitución violada sin que los mecanismos del Estado puedan reaccionar a tiempo para corregir y menos aún impedir las infracciones a los valores constitucionales, y la fragilidad del sistema creado en infracción a tales normas superiores. **Pues la sociedad percibe que el sistema así violatorio de la Constitución no es valioso y por lo tanto no siente frente al mismo el debido respecto y acatamiento que son las bases mismas del funcionamiento del orden jurídico.**" (*La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Cívitas, 2001, 3ª reimpresión, pp. 27-28. El destacado no está en el original.)

[25] Ver González Calderón, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1943, p. 119 y ss.

Asimismo, *Linares Quintana* recordaba que "por un decreto del 12-V-1862, el general Mitre, en su carácter de *encargado del poder ejecutivo nacional*, especificó las condiciones en que desempeñaría sus funciones, estableciendo que «es necesario y conveniente regularizar el ejercicio de esos poderes determinando el modo, forma, objeto y extensión en que las atribuciones del poder ejecutivo nacional interino deben ejercerse, mientras tanto que el mencionado Congreso nacional resuelva lo que corresponda». Por tales razones, «usando de las autorizaciones que han sido espontáneamente delegadas por los pueblos», resolvía que «por lo que respecta al régimen interno, las funciones del encargado del poder ejecutivo nacional se limitarán al mantenimiento del orden público; a hacer que se respete y observe por las provincias la Constitución nacional; a atender la seguridad de las fronteras de dichas provincias con las fuerzas militares puestas a sus inmediatas órdenes y cuya organización haya sido expresamente autorizada por él; a la fiel y regular percepción de las rentas nacionales que se hallen a su cargo, cuidando de su equitativa inversión, con cargo de remitir cuenta detallada al Congreso en su oportunidad, y a los demás asuntos de carácter urgente que puedan

La versión mitrista de la historia seguramente ha minimizado este hecho, pero lamentablemente representa el puntapié inicial de la posibilidad cierta de acceder al poder sin necesidad de respetar los procedimientos establecidos para ello.[26]

Este primer acto de violencia cívico militar[27] se repetiría luego en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, cada cual con sus particularidades y modalidades, pero siempre con la nota común de que el poder ejercido fue conferido en cada supuesto en particular únicamente con fundamento en la fuerza ostentada.

Cuando un gobierno —y no un funcionario, aclaro— accede por la fuerza y no por las urnas, necesita de toda una ingeniería jurídica y también mediática para legitimar el vicio originario y, de esa forma, brindarle un manto de legalidad al complejo de instituciones, funcionarios y actos derivados del ejercicio del poder.

Si de algo no nos debemos enorgullecer los argentinos, entre tantas cosas, es por crear falsos saberes y teorías para justificarnos de todo y ante todos, pero por encima de ello, ante nosotros mismos. Nada peor que creernos nuestras propias mentiras.

Somos presos de nuestras mentiras y fracasos, de nuestras mediocres y débiles instituciones y de un parasistema jurídico, político y social que hoy ha dejado de serlo, para asumir la posición de dominación del nuevo sistema —de paradigma—, quedando en un segundo plano aquél plasmado en nuestra Constitución y las leyes de la Nación.

Pero esto no es original, máxime cuando "muchas voces se han alzado y se alzan para denunciar crisis de valores en la sociedad y un generalizado incumplimiento del orden jurídico, pero pensamos que la cuestión no es tan sólo de

sobrevenir». Instalado el Congreso, el 25 de mayo de 1862, en virtud de lo establecido por la ley del 3 de junio de dicho año, determinó que el general MITRE ejerciera «las atribuciones anexas al poder ejecutivo nacional, hasta que el Congreso legislativo de la República resuelva lo que corresponda». El Congreso escrutó la elección presidencial el 5 de octubre y poco después el general MITRE asumía el poder ejecutivo constitucional, clausurando así la etapa de reconstrucción resultante de la batalla de Pavón." (LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1970, pp. 520-521.)

[26] Esto porque "la historia y, de una manera general, las disciplinas históricas han dejado de ser la constitución de los encadenamientos más allá de las sucesiones aparentes; ahora ponen en juego sistemáticamente a lo discontinuo. La gran mutación que las ha marcado en nuestra época no es la extensión de su dominio hacia mecanismos económicos que conocen desde tiempo atrás; tampoco es la integración de los fenómenos ideológicos, de las formas de pensamiento, de los tipos de mentalidad: El siglo XIX ya los había analizado. Es más bien la formación de lo discontinuo: Su paso del obstáculo a la práctica; esta interiorización sobre el discurso del historiador que la ha permitido no ser ya la fatalidad exterior que era necesario reducir, sino el concepto operatorio que se utiliza; esta inversión de signos gracias a la cual ya no es negativo de la lectura histórica (su envés, su fracaso, el límite de su poder), sino el elemento positivo que determina su objeto y valida su análisis. Hay que comprender lo que ha llegado a ser la historia en el trabajo real de los historiadores: un cierto uso reglado de la discontinuidad para el análisis de las series temporales." (FOUCAULT, MICHEL, *El discurso del poder*, México, Folios, 1983, pp. 90-91.)

[27] **Decimos cívico militar porque en cada uno de los actos de insurrección militar, existieron sectores civiles, académicos y partidarios que colaboraron en mayor o menor medida a su acaecimiento, sea por acción o por omisión.**

ahora sino de siempre, y que en verdad la magnitud del fenómeno no ha sido suficientemente percibida, ni tampoco se reconocen sus causas más profundas; los diagnósticos son entonces coyunturales y superficiales y a lo más sugieren que se aplique con más rigor la Constitución y la ley, lo cual por lo demás no parece ocurrir integralmente."[28]

6. *La decadencia institucional: Los golpes de Estado*

Parte de nuestra decadencia social e institucional reposa, a nuestro entender, en la mal llamada *doctrina de facto*,[29] utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1930,[30] pero desarrollada por grandes juristas argentinos y defendida por parte de la prensa en cada ocasión que el quiebre institucional lo requiriese.

Desde la óptica del derecho constitucional, la diferencia entre el gobierno de derecho o *de jure* y el gobierno de hecho o *de facto* radica en el distinto título originario. El primero es el que ha llegado al poder por derecho, de acuerdo con el procedimiento reglado por la Constitución. El segundo, en cambio, es el que ejerce pacíficamente la función pública, no poder por derecho, sino como consecuencia de un hecho al margen del cauce señalado en la Constitución, con el asentimiento —al menos tácito— del pueblo. Pero el gobierno *de facto* no debe confundirse con el *usurpador*, "que es el que se ha apoderado del poder por la violencia, mediante la cual también se mantiene, sin título o derecho y violando el ordenamiento constitucional."[31]

Esta confusión no es casual ni mucho menos: Es absolutamente causal. El *poder del discurso* —y de quien lo emite— hace que a menudo el significado de las palabras se tergiverse por quien las usa. Ello porque la fuerza —*el detentador del poder*—determina al discurso y lo hace propio, envuelto siempre en la ideología irremediablemente unida a la palabra.

[28] GORDILLO, *op. cit.*, p. 13.

[29] Al respecto, indicaba SÁNCHEZ VIAMONTE, "no hay gobiernos de facto. El gobierno es una institución, y toda institución es de *jure* por su misma naturaleza. Un golpe de Estado no cambia el gobierno, sino los gobernantes o funcionarios, y si se desea hacer una revolución verdadera y legítima, ella puede obtenerse por los caminos que la Constitución ha trazado para su reforma, porque sólo hay revoluciones verdaderas y legítimas cuando son el fruto de la auténtica voluntad popular mayoritaria. Un pronunciamiento, motín o asonada militar, aunque tenga el asentimiento de la mayoría del pueblo o del orden jurídico fundamental, está obligado a respetar la Constitución y las leyes existentes. Como es imposible prescindir del Derecho, debe ajustar sus actos al que ya existía en materia organización institucional." (*Doctrina de la revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Claridad, 1943, p. 169.)

Más allá del problema de las palabras, lo cierto es que ninguno de los gobiernos usurpadores surgidos de los distintos golpes de estado durante el siglo XX en la Argentina, lograron generar una verdadera revolución, ya que en mayor o menor medida, pero siempre en forma parcial, mantuvieron la vigencia de la Constitución.

[30] En la célebre Acordada del 10-IX-30, *Fallos*, 158: 290 (1930) y repetida en la Acordada del 7-VI-43, *Fallos*, 196: 5. (1943.)

[31] LINARES QUINTANA, *op. cit.*, p. 517.

Hace poco más de veinte años atrás, EKMEKDJIAN señalaba que los argentinos estamos transitando sendas constitucionales inéditas, cuyo recorrido requiere un esfuerzo de imaginación de los protagonistas y de los intérpretes,[32] senda que en apariencia no tiene regreso y que el art. 36 de la Constitución nacional reformada en 1994, se ha encargado de delimitar aún más.[33]

Utilizaba esas palabras para iniciar su comentario a la entonces recientemente sancionada ley 23.062, que en su artículo primero textualmente establecía que "en defensa del orden Constitucional republicano basado en el principio de la soberanía popular, se establecen que carecen de validez jurídica las normas y los actos administrativos, emanados de las autoridades de facto surgidas por un acto de rebelión, y los procesos judiciales y sus sentencias, que tengan por objeto el juzgamiento o la imposición de sanciones a los integrantes de los poderes constitucionales aún cuando quieran fundarse en pretendidos poderes revolucionarios. Mediante esta ley se ejerce en la instancia legislativa un acto de contralor constitucional respecto de normas y actos de la especie señalada en el párrafo anterior, del poder de facto, que pueden y deben ser revisados por los poderes de «jure» y que alcanza inclusive a la declaración de invalidez constitucional actual de las actas institucionales dictadas por el gobierno anterior."

Destacaba el constitucionalista que aquella norma "ha sido y probablemente será cuestionada, porque incorpora enfoques conflictivos e innovadores a la doctrina y jurisprudencia clásicas relativas a los gobiernos de facto."

6.1. *La asunción del General Mitre*

El primer *golpe de estado* es consecuencia necesaria de la batalla de Pavón, cuando DERQUI, presidente electo de conformidad a la Constitución nacional de 1853-60, fue derrotado por MITRE,[34] obligado a renunciar el 5-XI-1861 y poste-

[32] EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, *Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto*, ADLA XLIV- B, 2513.

[33] El que establece: "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este Artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función."

[34] En cuanto a la semblanza de Mitre, se ha expresado que "[l]a juventud porteña seguía al brioso «coronel» (el grado juvenil persistía después del generalato) como no lo habían seguido a Moreno o Rivadavia, también los ídolos porteños. Su flacidez romántica trajeada de gabardina, melena y

riormente asumiría Pedernera, quien declararía en receso el poder ejecutivo el 12 de diciembre de ese año como corolario final de esta lucha entre Buenos Aires y las provincias.

No demasiado tiempo después, conforme será tratado más adelante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que, en virtud de aquel acto de insurrección y del monopolio de la fuerza que aquél le confería, MITRE poseía el poder suficiente para asumir la elevada función de gobernar un país.

Al decir de NINO, fue el hecho de armas que tuvo más impacto en la institucionalización del país, con "una secuela jurídica que sería el germen de una debilidad crucial en nuestras prácticas jurídicas: el reconocimiento de los gobiernos de facto, máxima expresión del sentido de ajuridicidad de nuestra vida pública. En efecto, a raíz de un asunto absolutamente nimio sobre el pago de una letra de cambio que había sido anulado por MITRE, la Corte Suprema sostuvo, en el caso *Martínez, Baldomero y otro* (*Fallos,* 2: 127) de 1865 que «el gobernador de Buenos Aires y general en jefe de su ejército, fue autoridad competente para decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, después de la batalla de Pavón, con el derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria imponía». Este crudo reconocimiento de derechos fundados en la fuerza tendría funestas consecuencias, que se manifestarían muchas décadas después, para la conformación de nuestra [mala] práctica constitucional."[35] El énfasis es propio.

6.2. *El golpe del 6 de septiembre de 1930*

En 1930, producido el *golpe de estado* cívico militar del 6 de septiembre, nuestro más Alto Tribunal retoma el camino iniciado en 1862, ahora con la particularidad de sostener jurídicamente el gobierno usurpador de JOSÉ FÉLIX URIBURU a través de un acto de superintendencia, la *Acordada* —ya ni siquiera una sentencia— en el cual otorga un marco de *legalidad* al ejercicio del poder público de quiénes habían arribado al gobierno por medio de la fuerza.

Es a partir de este hecho luctuoso de nuestra vida institucional, que "se iniciaría un segundo período de algo más de cincuenta años de enfrentamientos, anarquía y dictaduras, que, al igual que el que se dio después de la independencia, estuvo marcado por el desprecio absoluto a la legalidad y al estado de derecho."

Al igual que durante el primer medio siglo de vida independiente, "entre 1930 y 1983 se produjo una considerable contención del proceso de desarrollo econó-

barba al viento, despertaban la devoción de los estudiantes de la Universidad, muchachones de casa de familia y dependientes de comercio de la calle Florida. Un prestigio puramente del centro, exclusivamente decente, que no tras-ponía la calle de las Artes y que no llegaba al matanzeros de los corrales o los quinteros de los orillas, y menos a los gauchos de la campaña." (ROSA, JOSÉ MARÍA, *Historia Argentina*, t. 6, "El sisma," Buenos Aires, 1974, p. 315.)

[35] NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, 3ª ed., p. 60.

mico y social alcanzado en los setenta años de institucionalización imperfecta, en contraste con países que gozaron de continuidad jurídica."[36]

6.3. *El golpe del 4 de junio de 1943*

En 1943, con la insurrección militar del Grupo de Oficiales Unidos (GOU) del 4 de junio,[37] el gobierno usurpador realiza un trámite similar al del '30 y la Corte Suprema vuelve a expedirse en términos similares a la *Acordada*, reconociendo —en palabras de EKMEKDJIAN— legitimidad a los gobiernos *de facto* surgidos de ambos movimientos militares, con el vicio orginario del uso de la fuerza como medio de acceso al poder.

Más allá de todo lo escrito sobre la materia, una de sus cuestiones fundamentales consiste en el análisis de la validez (jurídica por supuesto) de los actos emanados de gobiernos erróneamente llamados *de facto*.[38]

6.4. *Funcionarios de facto vs. funcionarios usurpadores. Los actos derivados*

Hacia 1933, la Corte sostuvo que "[e]l funcionario *de facto* tiene las mismas facultades y atribuciones que el legal, y sus actos, realizados dentro del alcance de la autoridad oficial asumida, en el interés público o de terceras personas y no para su propio uso, no son inconstitucionales, sino válidos y obligatorios como si fuesen de los funcionarios *de jure*, y así el impuesto creado o aumentado por el Gobierno *de facto* obliga al contribuyente y la ley posterior que lo consagró con efecto retroactivo, no son tampoco inconstitucionales, por lo que aquél debe ser

[36] NINO, *op. cit.*, p. 63.

[37] Vinculados al nacionalismo, la logia se había constituido hacia 1942, conformada por "el teniente coronel González, Juan D. Perón, Mittelbach y otros, todos los cuales habían participado en uno u otro de los complots anteriores. El objetivo del grupo era impedir la intromisión política en los asuntos militares y prevenir el peligro comunista, pero en el plano concreto se proponían impedir la candidatura de Robustiano Patrón Costas y un vuelco hacia los aliados de la política exterior [...] El 3 de junio de 1943 el presidente encargó al ministro de Marina que preparara la destitución de Ramírez [futuro candidato radical a la presidencia] La revolución se decidió ese mismo día en una reunión a la que no asistió, precautoriamente, Perón. Al día siguiente 10.000 hombres fueron movilizados hacia la casa Rosada con la consigna de establecer un gobierno militar. El régimen conservador había terminado sus días. Privado del apoyo popular y habiéndose enajenado la opinión militar, había consumado su suicidio político. Por segunda vez en catorce años la tradición republicana había cedido la preeminencia a la tradición nacionalista." (FLORIA, CARLOS A. y GARCÍA BELSUNCE, CÉSAR A., *Historia política de la Argentina contemporánea 1880-1983*, Buenos Aires, Alianza Universidad, 1988, p. 131.)

[38] Ha sostenido el tribunal que el estado de sitio importa la autorización de arrestar sin causa legal ordinaria o autorizada por juez competente para cuyo efecto la Constitución ha suspendido aquellas garantías de que sin el estado de sitio gozan las personas y las cosas, poder y facultad discrecionales limitadas sin embargo a arrestar o trasladar las personas si no prefieren salir del país y que no autorizan al Presidente de la República a condenar por sí, ni aplicar penas. No cambia tal situación la circunstancia de que el decreto de estado de sitio y las medidas emergentes del mismo deriven su procedencia del Gobierno *de facto* que ejerce el PEN; en virtud de los fundamentos y razones establecidos en la acordada de esta Corte Suprema de fecha 10 de septiembre de 1930. (CSJN, *Hipólito Yirigoyen s/ recurso*, *Fallos*, 158: 391, 1930.)

pagado pero sin multas, pues la aplicación retroactiva de la ley de impuestos no puede tener sino un efecto civil, pero no el de convertir en defraudador, a quien no lo fue bajo la vigencia de la ley anterior."[39]

Un año después iría todavía más lejos, indicando que habiendo el gobierno revolucionario podido destituir a los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo, todos inamovibles durante el período de su mandato salvo el juicio político o el desafuero, pudo también destituir magistrados judiciales sea que se trate de los designados por la Constitución o de la ley especial como en ese caso, estando el juicio sobre la discreción y eficacia con que el gobierno *de facto* procedió en uno y otro caso, al margen de las facultades de la justicia.[40]

En 1947, luego del cambio en la integración de la Corte Suprema a raíz del juicio político a que fueron sometidos sus miembros,[41] el nuevo tribunal modificó el criterio sosteniendo que los gobiernos *de facto* tienen facultades amplias para legislar, siendo la extensión y oportunidad de sus materias ajenas al control judicial.[42] Además establece que los decretos-leyes mantienen su vigencia, aun luego de asumido el nuevo gobierno *de jure*, si éste no los deroga expresamente.[43]

6.5. *Los golpes de 1955 y 1966. La fuerza se impone a la institucionalidad*

Los *golpes de estado* de 1955 y 1966 tendrían como aliciente su denominación de *revoluciones* (libertadora y argentina), aun cuando éstas se definan como cambios violentos en las *instituciones políticas*, económicas o sociales de una nación; inquietud, alboroto, sedición o cambio rápido y profundo en cualquier cosa;[44] y en cada caso en particular, las instituciones fueron mantenidas con mayor o menor regularidad, buscando generar un clima de normalidad más no de normatividad.[45]

Aunque pueda afirmarse que "la doctrina de la revolución pertenece, sin lugar a dudas, al derecho político y también al derecho constitucional" y que "la doctrina de facto pertenece, en realidad, al derecho administrativo, y sus conclusiones son inaplicables a los usurpadores," remarcamos que la confusión del discurso

[39] CSJN, *Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera*, *Martiniano*, *Fallos*, 169: 309. (1933.)

[40] CSJN, *Avellaneda Huergo*, *Alfredo c/ Nación*, *Fallos*, 172: 344 (1934); criterio reiterado en *Baeza González*, *Heriberto c/ Nación*, *Fallos*, 210: 1095. (1948.)

[41] Ver *La Nación*, 2 de mayo de 1947: "Fueron destituidos los ministros de la Corte y el Procurador General," pp. 1 y 7; 4 de mayo de 1947: "Repercusión de un fallo," nota editorial.

[42] CSJN, *Arlandini*, *Enrique*, *Fallos*, 208: 184. (1947.)

[43] CSJN, *Ziella*, *Egidio c/ Smiriglio Hnos.*, CSJN, *Fallos*, 209: 25. (1947.)

[44] Ver en http://www.rae.es.

[45] A criterio de Pablo A. Ramella, "[l]a insurrección tiene por finalidad derrocar a las autoridades en función de gobierno para establecer el orden jurídico establecido y, en ese sentido, puede decirse que es esencialmente *conservadora*. Los insurrectos reprochan al gobernante que no cumple con la Constitución y las leyes vigentes y se lanzan a las armas para que aquéllas sean respetadas. [...] La revolución, en cambio, tiende a establecer un orden jurídico nuevo, por cuanto el pueblo ve constreñidos sus legítimos derechos, precisamente por el orden jurídico vigente. Una revolución, dice Burdeau, es la sustitución de una idea de derecho por otra, y así comprendida no es un puro hecho, sino un fenómeno jurídico." (*Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 2ª ed., p. 18.)

jurídico llevó hasta el absurdo de invertir los conceptos y aceptar la idea que los golpes de Estado en nuestro país implicaron verdaderas revoluciones, pero la usurpación fue tolerada no como un quiebre institucional, sino como el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión.[46]

6.6. *Los decretos-leyes y su vigencia*

En 1973 la Procuración del Tesoro de la Nación, en una comunicación dirigida al entonces Presidente de la Nación, HÉCTOR J. CÁMPORA, fechada en 13 de junio,[47] luego de sostener que "los decretos-leyes constituyen una forma anómala de legislar mediante actos del Poder Ejecutivo sobre materias reservadas al Legislativo por el ordenamiento constitucional, a los que se ha recurrido como consecuencia de la instalación de gobiernos de facto […] En todos los casos el reconocimiento [judicial] de valor a los decretos-leyes dictados por el Poder Ejecutivo sobre materias reservadas al Poder Legislativo se ha apoyado en la necesidad. De esta manera se han fijado también los límites con que pueden ejercer funciones de este tipo los gobiernos de facto."

Para más adelante indicar que "sin duda que el argumento de la necesidad resulta deficiente para dar fundamento válido a los decretos en la medida en que ella sólo puede legitimar un acto cuando el que se encuentra en situación de necesidad es ajeno a la producción de tal estado." Supuesto, este último, que no se verifica en el caso de ninguno de los gobiernos *de facto*, por cuanto fueron las autoridades usurpadoras las que clausuraron el Congreso nacional y por tanto, la necesidad fue un hecho interno del proceso de sedición.

No obstante ello, "la aplicación de la legislación del gobierno de facto, y más exactamente de los decretos-leyes, por parte del gobierno de jure subsiguiente no tiene su fundamento, por lo tanto, en la validez del orden anterior, sino en la necesidad del nuevo gobierno de jure de mantener la paz y la organización social de acuerdo con los principios del Estado de Derecho. Solo por esta necesidad se justifica que un gobierno de derecho haga uso de una legislación viciada en su origen insanablemente."

6.7. *La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confusión del discurso*

El Congreso, en cada oportunidad ratificó los actos legislativos de los *gobiernos de facto* que lo precedieron, salvo en 1973 y en el período actual. Entendemos que esta ratificación —innecesaria a partir de 1947 por el fallo *Ziella c/ Smiriglio*— se hizo como una forma de demostrar el desacuerdo con tal jurisprudencia, reivindicando así para el Congreso, el monopolio de la función legislativa.

[46] SÁNCHEZ VIAMONTE, *op. cit.*, p. 170.

[47] PTN, *Dictámenes*, 125: 370, suscrita por el entonces Procurador del Tesoro de la Nación, Enrique Bacigalupo.

Ergo, todo acto dictado por alguien distinto a los órganos que la Constitución prevé o por un procedimiento distinto es nulo (art. 27 del proyecto de Constitución de ALBERDI); aún cuando dicho acto haya tenido eficacia —no validez— otorgada por la fuerza que dan las armas.

Hacer coincidir la eficacia (concepto *de facto*) con la validez (concepto *de jure*), sería tanto como pretender que el sistema jurídico contuviera al mismo tiempo postulados contradictorios.

Sin perjuicio de ello, no olvidamos que "no hay duda que la doctrina del derecho del más fuerte pretende ser una justificación moral del Estado al sentar la afirmación de que, según un plan metafísico del mundo —aunque no ciertamente cristiano— resulta garantizado que sólo el goce de supremacía moral puede imponerse también en lo político. Esta tan infantil creencia que el existente es el mejor de los mundos, carente, a todas luces, de sostén histórico, no encierra otro sentido que el de una capitulación sin reservas de nuestra conciencia jurídica ante el éxito político momentáneo. Como tal creencia está reñida con la historia real, se la completa de ordinario con un historicismo cuya característica es la confusión entre acción política y valor moral, entre validez ideal y validez política. Al demostrar que, históricamente, ha prevalecido siempre el derecho del más fuerte, se cree haber demostrado también que siempre debe ser así."[48]

El destacado no está en el original.

6.8. *Nuevamente el valor de las palabras*

Ese es el error en el que ha caído nuestra Corte Suprema y parte de la doctrina al hacer prevalecer el derecho conferido *únicamente* por la fuerza y las armas, por sobre el establecido en la Constitución.

El valor del discurso en todos los golpes de Estado, otorgado por la Corte Suprema en 1930 y 1943, ya no necesitó siquiera ser pronunciado posteriormente, tan sólo el silencio alcanzó para legitimar la ausencia de consenso de origen de los gobiernos *usurpadores*.[49]

[48] HELLER, *op. cit.*, pp. 238-239.

[49] El debate en estos casos es necesario, por sobre todas las cosas, por la ideología que subyace en el discurso y en las palabras. Hago propia la retórica de GORDILLO, en el sentido de que: "¿Quiere Ud. ser uno de aquellos civiles que será responsable de la nueva muerte del Estado de Derecho, así sea por implicancia ideológica? ¿No ha prestado atención, o no le he convencido, lo que digo sobre el uso ideológico del lenguaje? ¿O simplemente no le importa? ¿Hasta que punto un abogado joven puede ser tan conservador? ¿Quiénes, sino los jóvenes, pueden ser valientes? ¿O acaso ahora la valentía será patrimonio de los viejos? Sería una sorprendente conclusión."

"Lamento que la juventud que sabe derecho no considere su deber enseñar a los mayores que no lo saben cuál es, al menos en las palabras, el régimen republicano del estado democrático de derecho al cual debiéramos todos adherir pero no siempre lo hacemos."

"**No sólo de pan vive el hombre, también necesita un mínimo de libertad, y la libertad no es dada, hay que ganarla día a día, igual que el pan con el duro sudor de la frente**. Ud. tiene una cuota parte de responsabilidad frente a las generaciones que le siguen. No la desaproveche. Por supuesto, respeto su decisión."

7. *La doctrina de facto: Las palabras de la fuerza (usurpadora)*

Expresaba CONSTANTINEAU que "la regla general es que la existencia de un cargo de jure es condición indispensable para la existencia de un funcionario de facto y que sin tal cargo el pretendido funcionario no podrá ser legalmente reconocido."[50]

La historia argentina es la historia de la inestabilidad política y económica, y del desconocimiento de las instituciones como base de los grupos que acceden al poder, sea por las vías constitucionales (o mejor dicho la única viable, el voto) o por la violencia. (Usurpadores.)

7.1. *¿Fundamento inatinente?*[51]

Desde un inicio, el rol especial que le cupo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Poder Judicial en su conjunto, en la *legitimación* de las autoridades usurpadoras no puede ser desconocido por el lector, ya que bajo la pátina de la *Acordada*, como primer acto justificante del quiebre democrático, se dio pie a todas las aberraciones jurídicas posteriores, so pretexto de la *doctrina de facto* de CONSTANTINEAU.

Cabe entonces aclarar que dicha teoría encontró sustento en su momento, para otros países y otros sistemas jurídicos; así, su autor, destaca en la introducción que "este libro no ha sido escrito para ninguna jurisdicción en particular, sino para todas las comunidades cuyos temas jurídicos se basan sobre el *common law* inglés."

7.2. *La doctrina de facto según CONSTANTINEAU*

Primer punto. En la República Argentina, no obstante la fuerza rectora que pueda tener la jurisprudencia de nuestros tribunales, no rige este sistema.

"Me parece que lo de los tiempos y la metáfora del ajedrez de las simultáneas de los grandes maestros con varios ajedrecistas es, en definitiva, acertada: **El gran maestro hace su jugada en un instante, y el ajedrecista que lo enfrenta dispone de un tiempo más extendido para planear su jugada. Es, en suma, lo lógico para compensar, en el caso, la diferencia de edades y de tiempos transcurridos en la vida**. (GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional," *LL*, *Suplemento Administrativo*, 2006 (octubre), p. 69. El destacado es propio. Ver también: MILJIKER, MARÍA EVA, "¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico," en *LL*, *Suplemento Administrativo*, 2006 (diciembre), quien sintetiza la postura de ambos y en especial, la posición de GORDILLO.)

[50] CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto,* t. I, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 49.

[51] Se analizarán aquí algunas de las particularidades de la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10-IX-30, aunque dejamos la duda al lector respecto a la naturaleza de este acto de superintendencia, sobre su esencia administrativa y la existencia o no de vicios en su emisión. De ahí que "La fundamentación hace a los principios republicanos y al Estado de derecho; es precondición de la defensa del interesado y de su control judicial; el acto inmotivado es, para nosotros y en un Estado de Derecho, irremediablemente nulo. Resultaría de lo que antecede que la ilegitimidad del acto en relación a este aspecto puede presentarse de cuatro maneras diferentes: a) falta de sustento fáctico, b) falta de sustento jurídico, c) falta de explicitación suficiente del sustento fáctico, d) falta de explicitación suficiente del sustento jurídico." (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., p. IX-36.)

La *doctrina de facto* puede ser entendida como "una norma o un principio de derecho que, en primer lugar, justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo; en segundo lugar, que reconoce la existencia de entes públicos o privados corporativos, y los protege de impugnaciones colaterales, entes que, si bien organizados irregular o ilegalmente, sin embargo ejercen abiertamente, bajo la apariencia de legitimidad (*colour of law*), los poderes y funciones de entes regularmente creados; y, en tercer lugar, que confiere validez a los actos oficiales de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad (*colour of right or authority*) ocupan un cargo bajo los antes mencionados gobiernos o entes, o ejercen cargos de existencia legal de cualquier naturaleza, en los cuales están interesados el público o terceras personas, siempre que la realización de tales actos oficiales sea en beneficio del público o terceras personas y no para su propia ventaja personal."[52]

Existen, al menos, tres situaciones para la aplicación de la *doctrina de facto*, frente a:

—*Autoridades usurpadoras del poder o del gobierno, mediante la fuerza y las armas;*

—*funcionarios (o entes) irregulares o ilegítimos que ejercen bajo apariencia de derecho un cargo creado legalmente;*

—*funcionarios que ocupan cargos dentro de los dos supuestos anteriores.*

Segundo punto. La *doctrina de facto* no puede brindar legitimidad bajo ninguna forma para el primer caso de la autoridad usurpadora, "ya que los cargos que ocupan están afectados por la misma ilegalidad como el poder que les dio nacimiento o bajo el cual dichos cargos son ocupados; pero ello no obstante, si una persona se hace cargo de tal función sin, al menos, una apariencia de legitimidad de autoridad, será considerado como un mero usurpador y sus actos no podrían ser apoyados bajo ningún concepto."[53]

La *doctrina de facto* se funda en *consideraciones de orden público*, *justicia y necesidad*, y su objeto, no es otro, que el de proteger y resguardar a la comunidad que reconoce o invoca la autoridad *asumida* de hecho.

Tercer punto. La *doctrina de facto* no es invocada por la autoridad no legítima sino por quienes a resultas del ejercicio de ese poder de facto han visto nacer algún derecho bajo su titularidad o la existencia de una relación jurídica surgida bajo su amparo.

Cuarto punto. Se debe recordar que el usurpador es aquél "que se arroga el derecho a gobernar por la fuerza en contra y con violación de la constitución del país."[54]

[52] CONSTANTINEAU, *op. cit.*, p. 9.
[53] *Ibidem*, p. 10.
[54] *Ibidem*, pp. 42-43.

Es aquí donde se aprecia la inconsistencia de aplicar esta doctrina a los gobiernos estatuidos como consecuencia de los quiebres institucionales, ya que habiendo accedido al poder violando nuestra Ley Fundamental, mal podrían lograr una legitimación ausente y menos aún purgar el vicio de origen de modo alguno.

Ello, sin perjuicio, que "los principios de la doctrina de facto son aplicables a toda clase de funcionarios públicos [...] Tampoco tiene importancia alguna la condición o rango del funcionario, ya sea el más alto de los cargos o el más insignificante en el país [...] Puede haber [...] un presidente de facto."[55] Pero, reiteramos que el vicio de origen en ese último caso cuando se accede violando la constitución de un país (gobernante usurpador), no es susceptible de purgarse.

7.3. *Breve análisis de la Acordada del 10 de septiembre de 1930*[56]

Según fuera expresado más arriba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la *Acordada* emitida el 10 de septiembre de 1930 reconoció a José Félix Uriburu y a las nuevas autoridades por él designadas como un *gobierno de hecho* (*de facto*) y dio validez a sus actos "cualquiera pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección." Esta actitud se repetiría en 1943.[57]

Es así que, producido el movimiento militar del 6 de septiembre de 1930, la *Acordada* de la Corte que reconoció al gobierno *de facto* y la visita que los jueces hicieron a Uriburu, jefe del movimiento, el día 12 de ese mes, creó una relación adecuada y suficiente como para que el ejecutivo *usurpador*, el 16 de septiembre, enviase una nota donde explicaba que consideraba que la designación del presidente del Tribunal estaba comprendida en la primera parte del entonces art. 99 de la Constitución y que por lo tanto prescindía de hacer tal designación.

Entre dos gobiernos *de facto* que debió reconocer, en el primer caso por identidad ideológica, en el segundo para mantener la doctrina anterior, la Corte Suprema se encontró con esta infidelidad jurídica frente a los principios constitucionales que no era posible armonizar.

El respeto por las instituciones no fue una virtud de los gobernantes argentinos, pero por lo menos hasta 1930 se había mantenido una apariencia de sujeción constitucional. Desaparecida esta apariencia con las rupturas de septiembre de 1930 y junio de 1943, adecuar las instituciones a la realidad política no fue tarea sencilla y de alguna manera esta situación caracterizó el rol político del tribunal durante más de cincuenta años.

[55] *Ibidem*, pp. 29-30.

[56] Cfr. Cayuso, Susana G. / Gelli, María Angélica / Miller, Jonathan M., *Constitución y poder político*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 827 y ss.

[57] Para profundizar ver: Cayuso, Susana G. / Gelli, María Angélica, *La Acordada de la Corte Suprema de 1930. Legitimación del gobierno "de facto,"* Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988 y Ciri, Rodolfo Luis, *1930, Proceso a la Corte Suprema*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984.

Desde el plano jusfilosófico los jueces habían superado el positivismo jurídico y se encargaron de diagramar una interpretación dinámica de la Constitución y las leyes. Pero políticamente no sintieron la necesidad de cambios, por eso aceptaron con simpatía el desplazamiento radical (personalista) de 1930, apoyados desde el propio radicalismo (antipersonalista) y se plegaron al conservadorismo que siguió.

7.4. *La fuerza por sobre el Derecho: ¿El sinceramiento de nuestras instituciones?*

El derrocamiento de YRIGOYEN por el golpe militar del 6 de septiembre de 1930, planteó un hecho institucional inédito en la vida de la Corte Suprema. Hasta entonces, los intentos de sedición o rebelión se habían solucionado dentro del orden constitucional, sin afectar a los poderes políticos. Pero en este caso se depuso al presidente, se disolvió al Congreso y se intervinieron casi todas las provincias; tan sólo se respetó la estabilidad de los jueces de la Corte Suprema y con algunas excepciones la del resto Poder Judicial.

En la *Acordada* del año '30 los miembros del Máximo Tribunal aceptaban que el gobierno emanaba de la revolución triunfante, y que encontrándose en posesión de las fuerzas militares y policiales, aseguraría la paz y el orden y protegería la libertad, la vida y la propiedad, todo lo cual coincidía con el reconocimiento que el jefe militar hizo de mantener la supremacía de la Constitución. Era un gobierno *de hecho* y sus funcionarios podían realizar los actos necesarios para cumplir sus fines por razones de policía y necesidad, con el fin de mantener protegida a la sociedad, puesto que esta no podría discutir su *legalidad*. Pero si se desconocieran las garantías individuales, los jueces serían los encargados de restablecerla como si estuviesen frente a un Poder Ejecutivo *de derecho*.

Los argumentos son políticos, pero no jurídicos. Ni la cita de CONSTANTINEAU (*Public officers and the facto doctrine*) cuya doctrina fue antes desarrollada, ni la de la sentencia que aparece en *Fallos*, 148: 303,[58] son fundamento para justificar jurídicamente al gobierno militar. CONSTANTINEAU había recopilado y publicado en 1910 la jurisprudencia de Gran Bretaña, Canadá y Estados Unidos sobre los funcionarios *de facto*, y la Corte lo había citado unas pocas veces, pero se refería a funcionarios con título viciado u observable, pero no a usurpadores del poder nacional. En cuanto al fallo citado, analizaba la validez de una sentencia dictada por un juez de San Juan, luego de dispuesta la intervención a esa provincia, que la Corte consideró válida pues el juez mantenía su competencia hasta que el interventor decidiera sobre su permanencia. Las citas, entonces, eran inadecuadas.

En definitiva, la *Acordada* legalizó un gobierno que nacía violando la Constitución que afirmaba contradictoriamente defender y a la Corte le sería difícil congeniar los principios constitucionales con un poder ilegítimo y fuera de la Constitución.

[58] CSJN, *Cristóbal Moreno Postigo s/ remoción de tutela*, *Fallos*, 148: 303. (1927.)

7.5. *El acompañamiento judicial a la decadencia institucional. Cambian los hombres, pero no la historia*

Este primer gobierno *de facto* legisló mediante decretos-leyes, actividad legislativa que no fue escasa, pues en un año y medio de gobierno se dictaron más de 1200. Pero restablecido el gobierno constitucional en febrero de 1932, se aprobó la ley 11.582 para confirmar esta legislación material irregular y lo hizo con efecto retroactivo, por lo que de esta manera la legislación del gobierno militar quedaba aprobada por el Congreso nacional, dando pie al desarrollo posterior doctrinario y jurisprudencial sobre la validez y eficacia de las normas dictadas luego de retornada la *normalidad* institucional.

Así, por caso, la jurisprudencia de la Corte convalidó esta legislación *de facto*. Un comerciante en tabacos, Martiniano Malmonge Nebreda, impugnó judicialmente la multa aplicada por la administración de impuestos internos que encontró mercadería en infracción, multa liquidada según un decreto del 31 de marzo de 1931 del gobierno *de facto*, confirmado por la ley 11.582, razón por la cual el reclamo fue desestimado; llegado el caso a la Corte, se sostuvo que tienen las mismas facultades que un gobierno legal, principio que se funda en la necesidad impuesta por los hechos y reconocido por la Corte en su *Acordada*.

Recordaron el caso de *Baldomero Martínez*, fallado en 1865, no mencionado en la *Acordada* de 1930, reiteraron la cita de CONSTANTINEAU y agregaron la obra de HENRICH HERRFAHRDT, *Revolución y ciencia del derecho (investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del derecho)* —versión española de 1932.

Pero cuando la legislación de facto no era confirmada por el Congreso, su aplicación una vez instalado el gobierno *de jure*, en pura teoría debía ser rechazada. Así se decidió en causa *Mattaldi*, *Simón S.A.*, en la que se objetaron impuestos creados por decreto del gobierno *de facto* y que no habían sido ratificados.[59]

Además, el gobierno provisional se encontraba limitado en las supuestas facultades reglamentarias, sirviendo como ejemplo el caso de la ley nacional 4363 que reguló los vinos genuinos y un decreto del 12 de marzo de 1930 reglamentó la ley, normas que posteriormente, con el fin de defender la higiene pública y evitar males derivados del uso de materia prima inaceptable, el gobierno *de facto* modificó por el decreto del 16 de marzo de 1931. Los empresarios Emilio Cahiza, Esteban Costa, Francisco Granata, Aurelio Podestá y Juan Andrés Toso, impugnaron por inconstitucionalidad esta última norma, y al tomar intervención la Corte, pese a reconocer nuevamente la facultad del gobierno *de facto* para reglamentar las leyes, entendió que el decreto impugnado modificó y violó la ley.[60]

[59] CSJN, *Mattaldi Simón Ltda. S.A. v. La Nación*, *Fallos*, 183: 151 (1939); v. también *H. Bertone y Cía. v. Nación Argentina*, *Fallos*, 185: 36 (1938) y *Antonio Sassone v. Nación Argentina*, *Fallos*, 195: 539. (1942.)

[60] CSJN, *Fallos*, 177: 237. (1937.)

Sin embargo este análisis de las facultades del gobierno *de facto*, no pudo impedir actos arbitrarios y algunos lo fueron contra el mismo Poder Judicial. Así el recordado reclamo del juez ALFREDO AVELLANEDA HUERGO, quien se había excusado de intervenir en una causa que se le seguía al presidente depuesto YRIGOYEN, lo que motivó que por decreto del gobierno *usurpador* del 16 de marzo de 1931 fuera separado del cargo.

El magistrado impugnó la decisión ante la Cámara en lo Criminal, pero sin éxito; restablecido el gobierno constitucional, lo hizo ante el Senado, sin triunfo y, posteriormente demandó al Estado nacional por el cobro de los salarios caídos. En primera instancia fueron aceptados los reclamos, pues se entendió que el gobierno *de facto* no tuvo facultades para remover al juez. Era la interpretación adecuada según la *Acordada* de la Corte, aunque la Alzada revocó esta sentencia por entender que la cuestión era política y no revisable judicialmente y luego la Corte Suprema lo confirmó: Explicó que en la *Acordada* del 10 de septiembre de 1930 se había reconocido la validez de los actos políticos y administrativos del gobierno *de facto* para el desarrollo de su programa, tales como la cesantía de los miembros del Ejecutivo y del Legislativo en su totalidad, y de algunos magistrados y funcionarios y de gobiernos de provincia. Si pudo destituir a éstos, no podía descalificar la de un juez. Por otra parte, la "discreción y eficacia con que el gobierno de facto procedió en uno y otro caso están al margen de las facultades de la justicia."[61]

De haber seguido la doctrina de los fallos anteriores, la Corte debió expedirse sobre la legitimidad de la medida y si estaba dentro de los fines del gobierno *de facto*, pero no lo hizo.

Por ello, toda esta interpretación se tornará aún más compleja con el gobierno *usurpador* surgido como consecuencia del movimiento militar que el 4 de junio de 1943 depuso al presidente Ramón S. Castillo.

El jefe militar del nuevo golpe fue el general de brigada Arturo Rawson, pero rápidamente fue desplazado por un gobierno encabezado por el general de división Pedro P. Ramírez. Se volvió a comunicar a la Corte la formación del nuevo gobierno provisional, y el 7 de junio se elaboró una Acordada que reprodujo los términos de la de 1930.[62]

Si bien la situación parecía análoga a la de 1930, el nuevo gobierno iría mucho más lejos en materia legislativa y administrativa, apreciándose después la separación ideológica entre los nuevos gobernantes *de facto* y los jueces de la Corte, que terminaría en enfrentamientos judiciales y políticos.

Esta nueva versión del gobierno militar, se extendió por un período que duplicó el del anterior (3 años), dividió a sus dirigentes no sólo en temas de política interna, sino en criterios de política exterior, enfrentando a rupturistas y neu-

[61] CSJN, *Fallos*, 172: 344. (1935.)
[62] CSJN, *Fallos*, 196: 5. (1943.)

tralistas, pues su gestión abarcó buena parte de la segunda guerra mundial. Las tensiones se advirtieron ya en su inicio, con la separación del general RAWSON y su reemplazo por RAMÍREZ y alcanzó el más alto enfrentamiento durante los meses de septiembre y octubre de 1945, momento en que sectores opositores al gobierno militar reclamaron la entrega del poder a la Corte Suprema; además, el 13 de octubre se le encargó al Procurador General ÁLVAREZ que formase un gobierno. Los nombres que propuso mostraron cuán alejado estaba de la realidad política. Pero la jornada del 17 de octubre que repuso a PERÓN en sus funciones, desplazó la lenta e ineficaz gestión del Procurador.

El 2 de abril de ese año, la Corte dictó un fallo y dos acordadas que pretendieron oponer una valla a los intentos legislativos del gobierno de facto.

En la causa *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer*, se discutió si el gobierno *de facto* se encontraba facultado para modificar mediante un decreto la ley de expropiación 189 —sancionada por el Congreso de la Nación en 1866— y si aquella norma cercenaba el derecho de defensa al negar la prueba pericial para determinar el valor del inmueble por expropiar.[63] Hubo tres votos: Los de la mayoría, integrada por Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía, el de Repetto y el de Casares.

La mayoría desarrolló los argumentos que vino exponiendo el tribunal sobre los límites de la facultad legislativa de los gobiernos de facto, aunque explicó con más detalles los alcances de la restricción. Había que tener en cuenta que la Constitución estaba vigente y así lo había declarado el ejecutivo militar. También se había respetado al Poder Judicial que mantenía facultades para definir estas cuestiones. Reconocían al gobierno de hecho los poderes otorgados por la Constitución al ejecutivo. Pero no podía ejercer funciones judiciales. En cambio era compleja la cuestión del ejercicio de facultades legislativas; pero la necesidad de los hechos hacía ineludible su ejercicio, aunque limitadas para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la revolución, pues reconocer a un hombre o a un grupo amplias facultades legislativas sería incompatible con la vigencia de la Constitución. Vuelto el país a la normalidad, las disposiciones de hecho dejaban de regir para el futuro, salvo que fueran ratificadas por el Congreso y en este caso su vigencia se retrotraía a los hechos cumplidos.

Concluye la mayoría que el ejecutivo pudo dictar el decreto cuya inconstitucionalidad se encontraba planteada —decreto-ley 17290/44— pues su finalidad estaba dentro de la posibilidad de hacer uso del poder legislativo; pero encontraban inconstitucional la exclusión de la prueba pericial por afectar el derecho de defensa.

El voto de Repetto directamente negó al ejecutivo *de facto* facultades para legislar en esta materia, ello porque el gobierno *de facto* no podía tener más facultades que el de derecho, es obvio que no podría dictar códigos o leyes de fondo

[63] CSJN, *Fallos*, 201: 249. (1945.)

o modificarlos, de manera que tampoco podría hacerlo el de hecho, porque así lo había aceptado la Corte en la citada *Acordada*. A su vez, propuso una severa advertencia a los excesos legislativos del gobierno *de facto*.

En el voto de Casares, en cambio, se aprecia una postura opuesta, más laxa hacia el gobierno *de facto*, al afirmar que "[s]iendo inherentes al gobierno de hecho, en cuanto gobierno, las facultades legislativas, la limitación de ellas por ser dicho gobierno la autoridad de hecho, no puede hacérsela fundándola en una distinción, cualquiera fuere, de materias o ámbitos de legislación, sin perjuicio de la atribución de la autoridad judicial de juzgar la validez de los actos de tal gobierno, en cada caso, en orden a su constitucionalidad y a su justicia; y en razón de ello es, en principio, válida y obligatoria la reforma de la ley 189 de expropiación por el decreto del gobierno de facto 17.920 de 6 de julio de 1944."

En esta sentencia quedarán definidas tres tendencias dentro de la Corte: Los que intentan adecuar las facultades legislativas del gobierno de facto señalando sus límites; quien las reconoce exclusivamente a los fines del movimiento, y quien las concede ampliamente sin perjuicio del control de constitucionalidad.

8. *Responsabilidades compartidas, pero no asumidas*[64]

Sería muy infantil creer que cada gobierno (militar), apoyado en mayor o menor medida por grupos civiles, no poseía control sobre sectores académicos o mediáticos y en todo caso, ante su ausencia, lo primero que hacía al asumir era intervenirlos y controlarlos, principalmente, en sus contenidos.[65]

Pero, desde el punto de vista del ciudadano común la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene una importancia y una carga emotiva en sus palabras de autoridad o en la autoridad de sus palabras.[66]

[64] Florentino González en los albores de nuestro derecho constitucional, tomando como eje la democracia norteamericana, indicaba que al someter al ciudadano a su libertad y a un determinado orden, "han adoptado la medida más eficaz para formar una sociedad propia para el gobierno democrático representativo, porque facilitan el que el hombre se eduque en el *self governmet* individual, y así le hacen apto para tomar una parte útil e inteligente en el *self government* social. El sentimiento de libertad que de esta manera se inculca en el individuo, se propaga en la comunidad, y la hace apta para conservar la calidad de un pueblo libre y hábil para propocionarse su felicidad, bajo un gobierno inspirado por la opinión, y contenido por la responsabilidad." (*Lecciones de Derecho Constitucional*, París, Librería de Ch. Bouret, 1889, p. 21.)

Una de las causas argentinas a nuestra permeabilidad a aceptar la normalidad del quebrantamiento de la Constitución y de las leyes, encuentra base cierta en que el ciudadano argentino no fue educado en la libertad, sino en la intolerancia y desprecio por las instituciones. De este modo, jamás nadie va a asumir responsabilidad alguna por nada.

[65] En la actualidad, no puede desconocerse el poder que ostenta los medios de comunicación masiva en la formación y deformación de la opinión (v. Carpizo, Jorge, "Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética," en AA.VV. *Defensa de la Constitución. Galantismo y Controles* (Víctor Bazán – Coordinador), Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 441 y *ss.*)

[66] En el voto en disidencia, del presidente de la Corte, Dr. Roberto Repetto, en el caso *Municipalidad c/ Mayer*, *Fallos*, 201: 249 (1945), se expresó que: "La definición o enunciación de las facultades de los poderes del gobierno y su estricta observancia, sobre todo en presencia de un movimiento revolucionario, tiene más trascendencia para la suerte de las instituciones democráticas que los

Quién sino el máximo tribunal de la Nación como medio para garantizar la aceptación social de un gobierno que se autoproclamó revolución triunfante, con el único poder que le da el monopolio de la fuerza.

En los golpes de 1955, 1962, 1966 y 1976, si bien no se utilizó más el sistema de la *Acordada* como purga del vicio originario en el modo de acceder al poder, se adoptaron otros instrumentos y/o institutos jurídicos, a saber: Proclama (del 1º de mayo de 1956); Ley de Acefalía (con la asunción de Guido, en 1962); Estatutos (de la Revolución Argentina, en 1966; Fundamental, en 1972 y para el Proceso de Reorganización Nacional, en 1976; con vigencia supraconstitucional) y decretos-leyes.[67]

Son aristas de un mismo fenómeno político: El poder.

Pero, las consecuencias de una doctrina mal aplicada no hicieron más que desprestigiar a la cabeza del Poder Judicial y autorizar la utilización de la fuerza para derrocar gobiernos legítimamente establecidos.

Pero toda esta pureza teórica, en donde la abstracción de la Corte adquiere supremo interés cuando se refiere, por ejemplo, a la revolución triunfante, se vio acompañada por quienes colaboraron en la *patriótica* tarea de pulir lo que el tribunal había dibujado en forma desprolija, con el peso —principalmente— que da el poder y el monopolio de la fuerza. Llamativamente, en la actualidad, poco o nada se dice al respecto.[68]

También debe resaltarse el rol de quiénes criticaron antes, durante y después de cada gobierno usurpador esta pseudo doctrina, reivindicando el valor de las palabras y de lo que lleva, en sí mismo, cada denominación: La ideología oculta tras el lenguaje.[69]

FOUCAULT, ha expresado cómo la *verdad* se vincula con las formas jurídicas y cómo a través de la historia encapsulamos nuestra realidad en *corsèts* muy distinguidos, en terminología que no hace sino condenarnos a la ficción que nos brinda el derecho.

Lo peor sucede cuando estas estructuras se desvanecen y la podredumbre subyacente —el telón de fondo que no se hace cargo de la realidad— aparece ante nosotros.

posibles males transitorios derivados de aceptar la conclusión de que el gobierno de hecho carece de facultades legislativas para reformar o sancionar los códigos generales o las normas de derecho público consignadas en leyes básicas [...] el gobierno de hecho no puede tener más facultades que el gobierno de derecho límite éste sellado con la fuerza de un juramento."

[67] Ver, entre otros, el desarrollo realizado por RAMELLA, *op. cit.*, pp. 52-55.

[68] Dejamos al lector la búsqueda e investigación al respecto, ya que no tenemos por objeto, en el presente, hacer una *caza de brujas*. Cada cual sabe qué responsabilidad le corresponde y que cuánto más alta es la función ejercida (académica, doctrinaria, política o judicial) mayor es el reproche social que les cabe.

[69] A veces no tan oculta.

9. *El discurso metajurídico. Colofón*

El tiempo siempre nos ha demostrado que la historia se repite, que los argentinos no sabemos caminar sin saber ver el camino, que el ciudadano no se ha educado y cada vez es más fácil hacerlo complaciente del poder, con menos estratagemas: Tan solo unas palabras bastan para ello, aunque la contracara del discurso hoy es más cara que hace cincuenta años atrás y su financiamiento también más oneroso.[70]

En la arenga política —y en el campo del derecho— se ve a diario que la fuerza de las palabras es utilizada como fuga hacia el terreno de la irracionalidad, seduciendo por vía del discurso.

Pero, conforme fue señalado al principio de este trabajo, el estudio de la realidad se pierde en la confusión en que se presenta para el observador: Resulta tan compleja, que lo más simple es envolverla en el discurso. (Político, jurídico y económico.)

Quizás, con la *doctrina de facto* se ha dado un fenómeno interesante, inverso al discurso político actual, integrando en la estructura del poder no sólo la utilización de la fuerza como único elemento legitimizador, sino del surgimiento del sector castrense como tutor de la Nación —fenómeno repetido en la generalidad de los países latinoamericanos.

Es que, existió "[l]a convicción en las fuerzas armadas de que hay valores comunitarios que ellas deben vigilar y preservar, y que el juego político tiene un ámbito más allá de cuyos límites no puede ni debe excederse, origina un condicionamiento del poder político en el ejercicio que de él hacen sus titulares legítimos. Ello significa que los gobernantes, aun cuando no acepten ese rol tutelar de los mandos militares, tienen que contar con él en el uso y la disposición de los resortes del poder [...] Nuestra fuerza armada integra, evidentemente, lo que con fórmula y sentido amplios podemos denominar como «clase política», porque aun cuando no siempre sus fideicomisarios sean detentadores reales del poder político, están en la periferia del poder formando parte del proceso político y haciendo estimativa permanente de su valiosidad o disvaliosidad."[71]

Una cosa es reconocer que las fuerzas armadas asumieron un rol eminentemente político durante todo el siglo XX en la Argentina —a las consecuencias de su rol tutelar después del proceso de reorganización nacional,[72] muy especialmente

[70] A veces no tan oculta. "Ésta es la vida. Puede gustarnos o no, pero es inútil que pretendamos que es otra, la realidad es una sola, aunque no la podamos ver en su plenitud." (GORDILLO, AGUSTÍN, "Nota 5. La imperfección humana," en NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 74.)

[71] BIDART CAMPOS, "Diagrama histórico-constitucional...," *ED*, 47-843.

[72] Hemos sostenido al respecto que "no es sobre el olvido que se construye una sociedad sincera y que aquellas cuestiones que desgarran, cicatrizan mejor y más rápido si son puestas sobre la mesa, discutidas y resueltas. Así madura una sociedad, así se hace cargo de ella misma y puede internalizar un sentimiento de pertenencia. Las posturas favorables al olvido son propias de aquellos que desprecian el aporte de la sociedad civil. No puede haber un futuro mejor sin volver la vista hacia atrás. Sólo podremos dar vuelta la página cuando leamos y entendamos la página anterior. Sólo

me remito— y la otra, *legitimar* una función gubernamental que el soberano —el pueblo— no le delegó a través del voto.

La sinceridad con nosotros mismos parece no ser un atributo que nos identifica y que abunde en la sociedad argentina, consecuencia en alguna forma de este *parasistema político-constitucional*.[73]

La fuerza de las palabras (como arma) ha servido de soporte a la fuerza de los hechos, a la violencia como camino al acceso y al ejercicio del poder.

Si la democracia fue el camino elegido por la sociedad argentina para "darle cabida al hombre como persona en una convivencia justa y libre"[74] no podemos tolerar que nadie se levante contra las autoridades constitucionales, so pretexto de que no responde a los supremos intereses de la Nación o de la justicia, eso no es ejercicio de derecho de resistencia a la opresión por más justificación doctrinaria o jurisprudencial que se le quiera dar, se trata de un delito establecido en el art. 22 de la Constitución como sedición,[75] y en el art. 214 del Código Penal y siguientes como traición.[76]

Hoy más que nunca, debe asumirse que el discurso *metajurídico* invade la realidad intentando convertir los metales en oro.

Esto porque "demostrado que el poder soberano reside *natural* y *esencialmente* en la comunidad política —en el pueblo— y no siendo el gobierno otra cosa que el ejercicio del poder soberano, *natural* es que ese poder no se ejerza sino por

así podremos hablar de una sociedad democráticamente madura desarrollándose en un Estado de Derecho" (DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., "Seguridad jurídica vs. Derechos humanos (o, en la sombra de la justicia)," *LL*, 2005-A, 824.) Ello, porque no es sobre el olvido y la impunidad que las sociedades se construyen. No es sobre la defensa lobbista o de cuerpo, irracional, sin sentido y sin cuestionamientos que se logra la aspiración máxima de cualquier sociedad: La Justicia. (DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., "Sinceridad y justicia: 18 años después," *LL*, 2005-E, 320.)

[73] Según GORDILLO, "[t]ambién la Constitución nos dice que el sistema político es representativo, que vivimos en un Estado de Derecho, pero la Constitución real no escrita aunque no menos oficial, nos dice en cambio que a veces somos pasto seco para cuanta experiencia autoritaria o totalitaria se quiera intentar entre nosotros, que recibimos con aplausos y salvas a cada nuevo gobierno militar que desaloje al gobierno civil, que ansiamos a menudo un caudillo demagógico, que vivimos en un estado de sitio constante que se prolonga *durante años*, con una virtual suspensión *sin die* de garantías constitucionales básicas [...] ***El hilo conductor es la negación de la realidad***, es el plasmar, sea en la exageración del sistema o en la creación del parasistema, y en ambos simultáneamente, un sistema idealizado de pautas de conducta que en verdad no es ni puede ser el sistema de pautas que se habrán de seguir en la realidad. Por ello es que el sistema y el parasistema están profundamente imbricados el uno en el otro." *La administración paralela...*, *op. cit.*, pp. 93-94. Ver en tal sentido, las citas de ORTEGA y GASSET allí efectuadas, que grafican lo que los argentinos somos.

[74] Cfr. BIDART CAMPOS, "La Constitución y la libertad (Para una reivindicación de Urquiza y de la Constitución de 1853)," *ED*, 45-914.

[75] "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición."

[76] "Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro."

delegación y en representación del dueño de él. No hay razón para que nadie lo vincule en sus manos, como si le perteneciese de derecho, para que se constituya en soberano, y disponga a su agrado de la suerte de los demás miembros de la sociedad." (El destacado es propio.)[77]

Desconfiemos entonces de quiénes como Simón el Mago pretenden o han pretendido vender el poder de *imponer mediante las manos* el espíritu santo, convirtiendo *gobiernos usurpadores* en *gobiernos legítimos*, cualquiera sea la teoría utilizada para justificar el acto de rebelión.[78]

La fuerza de las palabras, del *silencio* y del discurso nos ha llevado hasta el olvido de nuestra historia del siglo XX signada por la tolerancia a seis golpes de Estado que se autoproclamaron revoluciones triunfantes,[79] jurando defender a la Constitución que sin prurito ni vergüenza habían violado, desconocido y mancillado al irrumpir por la fuerza en los poderes constituidos.[80]

La sociedad argentina es una comunidad de palabras en *silencio*, que se escriben pero no se pronuncian, donde la historia, la economía, las prácticas sociales,

[77] González, *op. cit.*, p. 10; quien continúa, diciendo que "[l]as formas de gobierno que no se arreglan a estos principios, pueden con razón llamarse artificiales, porque son únicamente fruto del arte, y no tiene base en la forma natural de la sociedad. Así se hace que la sociedad se amolde al gobierno, en vez que este se amolde a aquella."

[78] Como recuerda Rejtman Farah, sin duda la existencia del derecho administrativo parecería demostrar, como alguna vez se dijo, que "los milagros son posibles. Es casi un milagro que la administración se someta a las normas que ella misma ha dictado. Y que las respete. Los milagros no suelen ser, sin embargo, demasiado frecuentes. Y nuestro país puede ser un buen ejemplo de ello. En ese sentido resulta cuanto menos extraño que el Estado haya encontrado el fundamento para ejercitar facultades excepcionales por fuera del marco normativo que se comprometió a acatar, en una situación fáctica que él mismo ha creado y de la cual es responsable. Y que, además, lejos está de considerarse como una situación excepcional. De igual modo que, so pretexto de la emergencia, se abandone, modifique o desconozca el derecho vigente. Si bien casi nadie cuestiona ya la responsabilidad del propio Estado en la aplicación de políticas públicas que condujeron a un estado de emergencia, lo que con menos frecuencia se recuerda es que la emergencia invocada por nuestra legislación no es ni una situación excepcional ni transitoria." (Rejtman Farah, Mario, "Contrataciones públicas transparentes: Un desafío en la emergencia," *LL*, *Suplemento Especial El Contrato Administrativo en la Actualidad*, mayo de 2004, p. 103.)

[79] Desde plano teórico, se ha dicho que "[c]uando se trata de un simple golpe de Estado, no de una revolución, se mantiene la *etapa de continuidad* con relación al poder constituyente. Todas las *funciones son "de jure,"* tal como las crea, organiza y reglamenta la Constitución que existía y que conserva su vigencia. Sólo los funcionarios son de facto, a condición de poseer título, por nombramiento o elección en su caso, de conformidad con las prescripciones constitucionales. Ese título debe ser legítimo en su origen y con apariencias o visos de legitimidad para que el funcionario sea de facto. En caso contrario se trata de un usurpador." (Sánchez Viamonte, *op. cit.*, p. 170.) Bajar esta afirmación a la práctica constitucional, nos puede llevar al absurdo de desconocer que la intervención de funcionarios de facto, designados por un gobernante usurpador, es tan nula como la de aquél. Es decir, que el vicio originario de quien asume el control del Estado y de todos sus poderes, no puede purgarse por más que prometa cumplir una Constitución que ya violó con el acto de derrocamiento del poder ejecutivo y con la intervención de los otros poderes. (Legislativo y judicial.)

[80] Cuadra aclarar que "[n]o es que hayamos abandonado del todo la Constitución de 1853; pero es que la incumplimos demasiado, en texto y en espíritu. Aunque cabe destacar que el hecho de que la mantengamos formalmente en vigencia implica al menos que tiene un ideario que compartimos, aunque no tengamos la fuerza ni la voluntad social suficiente para imponerla a nuestros gobernantes, para hacer que la cumplan." (Gordillo, Agustín, *Una celebración sin gloria*, *LL*, 2003-C, 1091.)

la lengua, la mitología de nuestros antepasados y las fábulas de nuestra infancia, obedecen a unas reglas que no han sido dadas todas ellas a nuestra conciencia; no deseamos en modo alguno que se nos desposea, además y por añadidura, de ese discurso en el que queremos poder decir inmediatamente, sin distancia, lo que pensamos, creemos o imaginamos,[81] cuando no nos vemos siquiera en el espejo.[82]

No perdamos nuestra memoria[83] constitucional, por más fuerza que se le intente dar al discurso,[84] "en la semilla está el bosque."[85]

[81] FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, 2ª reimpresión, p. 354.

[82] No podemos dejar de recordar que "[t]odos los costos que asume el gobierno frente a la sociedad y a la justicia son deudas que adquiere y tendrá inevitablemente que pagar en otros asuntos públicos. Su crédito no es inagotable. Además de los casos en que la sociedad pone los límites al gobierno existen los casos en que los individuos lo hacen. No solamente Bielsa puede plantarse con su conciencia. Otros pueden seguir su ejemplo. Pero no nos acostumbremos a depender de ellos. Y no olvidemos que ellos reaccionan, a su vez, por lo que reciben y perciben de la sociedad. No seamos complacientes con nadie que tenga poder. Esa es la clave de vivir en libertad." (GORDILLO, AGUSTÍN, "Racionalidad, política, economía, derecho," *LL* del 28-XII-05, p. 1.)

[83] Explicaba FRIEDRICH NIETZSCHE que "[l]a memoria […] rememora estados anteriores de la misma especie, junto con las interpretaciones causales que van vinculadas a ellos, pero *no* su causalidad. Por supuesto que la creencia de que las representaciones, los procesos conscientes concomitantes han sido las causas es también rememorada por la memoria. Se produce de este modo una *habituación* a una interpretación causal determinada, que en realidad obstaculiza que se averigüe la causa y que incluso lo impide." ("Los cuatro grandes errores" en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005, p. 55.)

[84] "El Estado de Derecho (*rule of law*) probablemente no puede funcionar —y ciertamente no puede funcionar bien— sin un sentido de las instituciones de la sociedad. Más aún, sin hacerse él mismo institucional en el más pleno sentido de la palabra. El Derecho protege y el Derecho capacita; las instituciones dan significado, sustancia y permanencia a sus poderes. Con independencia de la construcción de instituciones, el Derecho necesita ser desarrollado, a fin de hacer que su imperio sea fructífero para la libertad" (DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, "Derechos políticos y garantías constitucionales," en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, 1ª ed., p. 128, con cita de DAHRENDORF, RALF, *Ley y orden*.)

[85] Como recuerda MARISCAL, "Las plantas nos enseñan que lo peor que le puede pasar a una persona no es morir, sino vivir muerto, sin estilo, sin perfume propio; no se preocupan por lo que hay antes, ahora. En el instante presente están el pasado y el futuro. El futuro es inventable, no inevitable, se construye con lo que hacemos hoy. Cada segundo determina simultáneamente el futuro y expresa el ayer. En la semilla está el bosque." (MARISCAL, ENRIQUE, *Manual de jardinería humana*, Buenos Aires, Serendipidad, 2003, 10ª ed., pp. 15-16.)

Sección II

LA REALIDAD ECONÓMICA

Capítulo VI: Gordillo, Agustín, *Si las palabras fueran energía eólica…*

Capítulo VII: Gordillo, Agustín, *Racionalidad, política, economía, derecho.*

Capítulo VIII: Gordillo Agustín, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo.*

Capítulo IX: Mairal, Héctor A., *¿Uno o dos derechos administrativos?*

Capítulo VI

SI LAS PALABRAS FUERAN ENERGÍA EÓLICA...

Por Agustín Gordillo

Sumario

1. La actualidad y algunos futuribles 79
2. El dilema histórico de esta etapa de transición 79
3. Las opciones de siempre 80
   3.1. Las opciones de antaño 80
   3.2. Las opciones de hogaño 81
4. Las opciones a que nos enfrentamos hoy y las opciones futuribles 82
5. Conclusiones previsibles 82
6. Los costos previsibles de cada opción 82
7. La esperanza tecnológica 82
8. La ecuación actual 83
9. El futurible 83

Capítulo VI

SI LAS PALABRAS FUERAN ENERGÍA EÓLICA...[1]

Por Agustín Gordillo

1. *La actualidad y algunos futuribles*

...No habría crisis energética en el mundo. Falta sólo el salto tecnológico por el cual la voz humana de las multitudes vociferando contra la globalización, la privatización, la desregulación, los EE.UU., y lo que más fuere, pueda solucionar el problema de las fuentes renovables y no renovables de energía.

Si además el aire caliente de la palabra escrita pudiera también ser transformado en energía (energía mental al menos lo es), ya sobraría energía en el mundo, y la crisis sería de superproducción energética, no de insuficiencia de energía. Si asimismo se pudiera almacenar para el futuro, nuestras siguientes generaciones no tendrían ya que preocuparse del tema, ni nosotros por ellas. Muchas cosas del presente las solucionaron inventos del pasado, como la maravilla de la imprenta y la libertad de expresión del pensamiento, la Internet y tantas otras cosas.

A lo mejor quienes están hoy vociferando en el mundo, de palabra y por escrito, están protagonizando un cambio épico en la historia de la civilización. No el que ellos piensan, tal vez, pero sí el que actúan con el movimiento del aire producto del esfuerzo de sus propias fuerzas vocales, de su propia energía, que sólo falta inventar cómo aprovechar y almacenar.

2. *El dilema histórico de esta etapa de transición*

Mientras ellos continúan con su heroico esfuerzo a la espera del cambio tecnológico que ya llegará pero aún no llegó, detengámonos un momento en el presente.

Falta electricidad, falta gas, falta petróleo, empieza a faltar el agua. (Que ya se descubrió cómo transformar en energía, y que se almacenaba en represas hoy semivacías.)

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2004-C, 1557.

Aprovechar la energía eólica todavía es caro e insuficiente, lo mismo que es caro e insuficiente aprovechar la energía solar o la fuerza de las mareas o la ley de la gravedad.

Pero no desesperemos: Tratemos sólo de pensar cómo llegamos hasta ese momento, pues hasta ahora la inventiva humana ha venido solucionando la mayor parte de los problemas creados por el hombre sobre la faz de la tierra.

No cabe pues desesperar que este problema humano de la insuficiente energía barata no sea finalmente resuelto. El problema actual es entonces sólo como superar la brecha tecnológica que nos falta para llegar hasta ese momento.

3. *Las opciones de siempre*

Una forma es la intervención del Estado en la producción de energía, por ejemplo monopolizando toda producción energética, de modo tal que los esfuerzos de la sociedad se concentren en un solo punto de máximo aporte y máxima generación de energía.

Era el sueño socialista de hace algo más de un siglo y el sueño de hace medio siglo de todo lo que nos enseñaron en su momento los economistas del desarrollo y los organismos mundiales "buenos," como por ejemplo las Naciones Unidas.

En aquel entonces no existían los organismos mundiales "malos;" EE.UU. había liberado a Europa del nazismo y del fascismo, aliado circunstancialmente a las fuerzas del comunismo al que luego y de inmediato enfrentara. Fue recibido con flores en París. En Buenos Aires en 1806, recibimos con aceite hirviendo a los invasores ingleses.

EE.UU. ganó esas dos guerras; ahora está librando la tercera, en otro terreno, el de la lucha contra el terrorismo internacional y según muchos, la preservación de su dominio energético actual.

3.1. *Las opciones de antaño*

La doctrina oficial de los economistas de hace medio siglo atrás en el tiempo, y la experiencia de muchos países de economía entonces llamada mixta, como los de economía totalmente planificada, no fue tan exitosa como desearíamos.

En los países avanzados funcionó aceptablemente bien.

Nuestro país logró ser el único del mundo en el que la empresa petrolera nacional perdiera dinero.

No fue exactamente ineptitud técnica, sino una mezcla de desorganización, control del poder, clientelas, corrupción, muchas cosas más.

Las centrales nucleares argentinas de energía eléctrica tampoco nos dieron la solución energética.

Los aprovechamientos hidráulicos organizados por el Estado costaron más que la energía que produjeron y de todas maneras tampoco sirven cuando falta el agua, y además tienen vida útil no prorrogable.

3.2. *Las opciones de hogaño*

Nos queda el viento, sí, más la fuerza de las mareas y la ley de la gravedad. No desesperemos. Confiemos en la inventiva humana. Algún BILL GATES de la energía puede aún quizás imprevistamente resolverlo.

¿Y mientras tanto? En un mundo gigantescamente imperfecto, cuya imperfección desafía la imaginación humana, la opción camina entre la intervención activa y además reguladora del Estado en la producción de energía, o la desregulación y la confianza en las fuerzas del mercado en libre competencia. Si se recrean monopolios, por cierto, es indispensable regularlos y limitarlos para que no abusen de su posición dominante.

Pero no pidamos lo imposible, que la economía de mercado produzca energía eléctrica barata a pérdida, sólo por la intervención reguladora del Estado que así lo ordena.

La producirá sólo en la medida que le proporcione ganancias, de las cuales el Estado percibirá una parte a través de los impuestos, que podrá regresar a la sociedad como servicios básicos tales como seguridad y justicia, seguridad social y salud, etc., según las políticas del momento.

La sociedad puede organizarse a través del Estado para llevar a cabo la educación primaria, o pueden las propias familias de cada comunidad organizarse para que los padres de los niños administren las escuelas de sus hijos. Hay ejemplos de ambos experimentos sociales.

También hay experiencias de comunidades organizadas produciendo energía eléctrica y otros servicios públicos baratos, a través de cooperativas de los propios usuarios. Funcionan bien, aunque no sean suficientes y el Estado central nunca esté cómodo con esta competencia de la micro sociedad civil organizada, frente al macro poder organizado del Estado central. Hay ejemplos de los dos experimentos.

Hay también ejemplos de generación de energía por el Estado, o bajo la intervención reguladora y planificadora del Estado, y como actividad librada a la libre competencia de los particulares. Actividad que, como se sabe, emprenderán sólo si consideran que habrá de proporcionarles ganancia o al menos, en el caso de una cooperativa de servicios públicos, si podrán tener un presupuesto equilibrado que no les produzca pérdida y les permita seguir invirtiendo para producir mayor cantidad de servicios a medida que los consumidores crecen y consumen cada vez más.

4. *Las opciones a que nos enfrentamos hoy y las opciones futuribles*

La última vez que el péndulo mundial de las ideas llevó a la privatización desregulada de la generación de energía eléctrica de cualquier fuente (petróleo, energía atómica, turbinas de agua o de gas, aprovechamientos eólicos, etc.), la generación no anduvo mal. Pero cuando el Estado argentino, ante una crisis real que él mismo había multiplicado exorbitantemente, además de haber contribuido a crearla (con ayuda externa, claro está), encuentra que le parece debe intervenir nuevamente con su acción reguladora y planificadora en la generación de energía eléctrica, por ejemplo frenando los precios e interviniendo más activamente en el mercado, el resultado no es halagüeño: Los inversores detienen sus inversiones, la energía comienza a faltar...

5. *Conclusiones previsibles*

El ciclo se repetirá de las formas que la sociedad quiera. Los más acomodados económicamente podrán hacer reservas de petróleo y sus derivados y otras fuentes de energía (hasta tanto se invente cómo almacenar la energía eléctrica para el mediano y largo plazo), y comprar o construir generadores de energía de tamaño individual o microempresarial, para sí mismos, y tener así energía cara, propia, ineficiente, pero energía al fin.

El Estado puede seguir o retomar su intervención reguladora del mercado energético y sea:

a) amenazar con hacer quebrar a las empresas que no generan la suficiente energía al precio que él les fija y de la forma que él les determina, o

b) desinvertir en otras áreas sociales para invertir en generación de energía eléctrica barata para todos en su precio de boca de mercado, aunque sea cara en su generación por el país con el aporte de todos.

6. *Los costos previsibles de cada opción*

Las desinversiones sociales en otros sectores, como seguridad y justicia, salud y seguridad social o educación, pueden crear nuevos cuellos de botella en otros aspectos de la sociedad, pero energía habrá.

Lamentablemente, no todos la podrán aprovechar: La experiencia es rica en elementos de juicio para saber qué ocurre en tales supuestos.

7. *La esperanza tecnológica*

Si todos estos ríos de tinta a favor de cada tesis puntual pudieran canalizarse hacia una central hídrica de tinta, y si además todas las vociferaciones de multitudes por todo el mundo contra todo lo que nos les gusta pudiera canalizarse como energía eólica de aire caliente, además producida a temperatura del cuerpo

humano por ser aire y energía generados por el cuerpo humano, nos aproximaríamos al concepto de "Matrix."

Pero todos sabemos que la ciencia ficción tarda todavía algunas generaciones en transformarse en realidad. Que se transforma en realidad es lo que ocurre casi siempre, aunque la forma tecnológica sólo la sabrán las futuras generaciones, que deberán asimismo enfrentar la sociedad que de tal modo las produce.

Podrá monopolizarse y cobrarse el aire que respiramos, como en una película del actual Gobernador de California en su anterior profesión cinematográfica, o podremos tal vez tener a la inversa un Edén renacido en que todo sea perfecto y Adán no haya aún cometido, ni cometa, el pecado original.

Podrá regularse el modo en que utilizamos la energía, o podrán dedicarse recursos estatales a la investigación de cómo almacenar energía para el futuro.

El problema sigue siendo, mientras tanto, cómo hacemos para producir energía de cualquier fuente hasta que podamos almacenarla para futuros usos.

8. *La ecuación actual*

La experiencia argentina indica que cuando se liberó a la iniciativa privada la generación de energía, la sociedad civil sobreinvirtió en fuentes masivas de producción energética: Sobró, y hasta fue barata o se produjo a pérdida, pero el objetivo final de lucro hizo que los generadores pensaran más lejos y continuaran su alocada inversión, soñando con la amortización futura de su inversión pasada y actual más la obtención de la ganancia esperada.

Cuando el Estado, por la crisis social que él mismo creara y potenciara, con ayuda externa y algo más, decidió intervenir nuevamente, el resultado está a la vista: Falta nuevamente inversión energética, volvemos al punto cero.

Nuestra opinión resulta clara de lo expuesto: es siempre una decisión política, que tiene diversas opciones, cada una de las cuales nos lleva a destinos conocidos, con costos y beneficios sociales e individuales conocidos.

9. *El futurible*

O quizás, como Bill Gates pudo arrasar inventivamente con el mercado que hizo propio, vendrá alguien a inventar cómo almacenar y guardar la energía eólica, la de las mareas, de la fuerza de gravedad, del sol, de las palabras calientes y de los ríos de tinta. Si ello se logra, podremos prescindir del problema de las fuentes no renovables de energía, que se transformarán en obsoletas poco antes de agotarse ahora, para regenerarse luego de algunos millones de años más.

La opción, como siempre, es nuestra.

Nuestra propia argumentación, algo extensa y compleja, está en los libros y artículos que hemos incorporado en www.gordillo.com

Capítulo VII

RACIONALIDAD, POLÍTICA, ECONOMÍA, DERECHO[1]

Por Agustín Gordillo

La *Realpolitik* existe en todo el mundo. No la hemos inventado nosotros. El abuso de los decretos de necesidad y urgencia por una vez al menos no ha ocurrido con el pago anticipado de la deuda al FMI, ya que se ha esperado su ratificación legislativa antes de su ejecución. Y en cuanto al fondo de la medida, es obvio que hubiera sido necesaria en todo caso en el año 2007, año electoral en el que el gobierno hubiera tenido mucha menos fuerza política para tomarla, e igual necesidad. El año era éste, cuando está en la cresta de la ola. El 2007 lo podrá dedicar al bicentenario y al regionalismo[2] en vez del pago al FMI. El acierto político es claro y en cuanto a la supuestamente mejor alternativa económica de seguir pagando de a poco hasta tocar las reservas en el 2007, era políticamente inviable.

Si dejamos al margen la economía quedan todavía la racionalidad, la política y el derecho como tres términos que uno quisiera ver coincidir más a menudo

[1] Publicado originalmente en *LL*, 28 de diciembre de 2005.

[2] Por ejemplo, intentando mediar entre Bolivia y Chile para que Bolivia tenga salida al mar y compense a Chile con territorio equivalente y eventualmente nosotros colaboremos con una cesión simbólica de territorio a Bolivia y Chile para facilitar el acuerdo y como gesto de buena vecindad, para permitir así la integración mayor del MERCOSUR, o alguna otra solución creativa que nos permita encaminarnos a la unión latinoamericana. Ver Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo, I,* con notas de Agustín Gordillo, Buenos Aires, Thomson-Civitas/La Ley, 2006, 12ª ed., en prensa, p. 366-C; también nuestros artículos "Primero: crear el Banco Central Interamericano," en *LL*, 2002-D, 1453; "La región argentina a partir de la Constitución de 1994," en el libro del Consejo Federal de Inversiones, *Seminario Internacional: Federalismo y Región*, Buenos Aires, 1997, p. 195 y ss.; reproducido en la *RAP*, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 1997, Editorial Ciencias de la Administración, n° 225. El tema de las regiones internas presenta las mismas dificultades que luego se reproducen, ampliadas, a nivel supranacional. Por eso el MERCOSUR estaba estancado y recién ahora ha comenzado a moverse algo más. Necesita gestos de epopeya. Quizás con el bicentenario a la vista se pueda pensar en gestas grandiosas, acordes a la dimensión de la tarea a enfrentar.

pero que la realidad muestra a veces distantes. Tampoco es cuestión de mesarse los cabellos cuando advertimos que no existe una perfecta unidad concéntrica de los tres: El ser humano es un animal imperfecto, con pasiones, odios, irracionalidades ocasionales. A veces le alcanza el derecho penal y la prisión, otras escapa a la punición penal pero no la social, otras escapa a ambas y algunas, solamente escapa a la censura social: Sólo algún observador se pregunta cómo puede ello ocurrir. Ejemplo de esto último es, para el autor, cómo la sociedad argentina puede todavía seguir llamando "Leyes" a los decretos leyes de las dictaduras militares que algunos dicen aborrecer, incluso bajo gobiernos integrados en parte por quienes lucharon con las armas contra ellas, como el presente. ¿Lucha armada pero comunidad ideológica?[3] Claro, no es comunidad de ideas, tampoco es sumisión: Es mera displicencia axiológica.[4] Hasta los decretos leyes secretos de los gobiernos de facto no hay empacho en los gobiernos democráticos en llamarlos "leyes" secretas.[5]

Otras veces es una persona que dispara su arma contra dos vehículos y mata seres humanos sin otro motivo que el odio, igual que los jóvenes que matan viejos y les roban los muy pocos pesos que tienen en el bolsillo. El motivo no es el robo, sino el odio en su más pura expresión. No el odio hacia los viejos ni los débiles, sino a la sociedad toda. En Brasil se lo advierte hace más tiempo.

Se lo vió también en la represión militar a la subversión, sus amigos, la juventud, los que eran distintos, los intelectuales, todos. Era odio puro. Se lo vió en la votación en el Congreso contra un antiguo policía elegido por el pueblo para ser diputado nacional, sin causas penales. Sus presuntas simpatías con aquellos odios despertaron estos odios. Odio o antipatía pura. De derecho nada, aunque se hayan invocado delitos de lesa humanidad o derechos humanos: Es lo mismo que los militares de entonces diciendo que eran derechos y humanos. O quizás sea mucho más de política, porque convenía no tener ese voto. En ese caso es Borocotó a la inversa. O es MOLINÉ O'CONNOR, es BOGGIANO,[6] en cuanto a que se trata de una motivación diferente a la verdadera. También, con otras razones —distintas,

[3] Ver § 3, 4 y 5, "Las «Leyes» que no son leyes," en el cap. I del *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, 2003, FDA, 8ª ed.

[4] Hemos calificado de este modo la actitud de nuestra clase dirigente en lo jurídico y político en el *Curso de Derecho Administrativo, I,* de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson-Civitas/La Ley, 2006, 12ª ed., en prensa, p. 180-A. Es una forma más elegante de recordar los clásicos "masomenímetro," "lo atamo con alambre, lo atamo," "masí," "da lo mismo," etc.

[5] Ver RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "Leyes secretas ¿antagónicas de un estado de derecho?," *LL*, SJDA, Julio, 2005, 70; DIANA, NICOLÁS, "Algo más que vías de hecho administrativas," *LL*, *Sup. Adm.*, mayo 2005, 28, *LL*, 2005-C; LIMA, FERNANDO E. J., "Las «leyes secretas»," *LL*, *Sup. Const.*, junio 2005, 58.

[6] Para el derecho aplicable ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, y SANCINETTI, MARCELO A., *Juicio político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

cómo dudarlo, a las expuestas— es Cromañón.[7] Siempre ocurre lo mismo: No es por la razón expuesta, es por otras.[8] Los círculos no son concéntricos.

No digamos, pues, lo obviamente falso ni menos escribamos sobre ello. No gastemos tinta inútilmente.[9] Aprendamos a leer una sentencia o un acto gubernamental, que es *no* leer sus fundamentos, sino *pensarlo* en su contexto.[10] El derecho se aplicará después, en todo caso, con cronoterapia intensiva.[11] Aun-

[7] Y todos los alcanzados por la tragedia, con condenas sociales que los jueces meramente "legitiman" a medida que "la sociedad" (los parientes en comprensible y desesperado estado de vindicta pública) los "aprieta." Un verdadero drama griego, que de derecho tampoco tiene nada, primero porque todos se resisten a ver los hechos: Ver EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *op.cit., I,* con notas de AGUSTÍN GORDILLO, p. 828-C y nota 7, además de la histeria colectiva que creó, en un contexto de distorsión recíproca tanto del derecho penal como del derecho administrativo: *Op. cit.*, *I,* pp. 162-A y 162-B.

[8] A Patti *prima facie* no lo admiten al Congreso por supuestas amistades u horrendos crímenes con los militares cuyos decretos leyes ellos mismos siguen llamando "Leyes." En una ocasión escuché a un distinguidísimo jurista cometer en una conferencia el furcio de decir que puesto que "el Congreso" había dictado "la ley 19.549" había que respetar en cierto punto de la "Ley" la voluntad "del Congreso de la Nación." Eso es lo que pasa por acostumbrarse a llamar "leyes" a los decretos leyes: Uno puede terminar confundiéndose un decreto-ley militar con las leyes del Congreso de la Nación. BONASSO que embistió contra Patti ¿no podría hacer un proyecto de ley para cambiarle *iuris et de iure* la denominación a las "leyes" que no son leyes? ¿BIELSA que es un jurista de renombre? ¿Las senadoras por la Provincia de Buenos Aires? ¿Los demás diputados y senadores que provienen de esa Provincia, donde saben desde 1984 que no corresponde utilizar "Ley" donde corresponde decir "Decreto-ley"? En la Provincia de Buenos Aires lo primero que hicieron al recuperar la democracia fue disponer por ley llamar decretos leyes a los decretos leyes de los gobiernos militares. Algo hicieron bien. En cambio sufrieron horrores para poner en marcha el código procesal administrativo. Ver mis artículos "La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)," *ED,* 30-XI-01; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Administrar sin justicia," en la *RAP Provincia de Buenos Aires*, 2003, año 1, nº 1, pp. 11-25. "Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires," *RAP-Provincia de Buenos Aires*, abril 2004, año II, n° 13, pp. 7-12; también publicado en www.revistarap.com.ar, Circular Letter n° 9, de donde se puede bajar gratuitamente.

[9] Sí, ya sé, es lo que estoy haciendo yo acá, porque todos seguirán haciendo caso omiso, como lo vienen haciendo desde que en 1966 dije que no se debían llamar leyes a los decretos leyes de ONGANÍA. *Eppur*…Ver nuestro artículo: "Si las palabras fueran energía eólica…," *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados,* Universidad Nacional Autónoma de México*,* México*,* 2005, pp. 107-112.

[10] Lo hemos explicado reiteradamente, por ejemplo en el cap. V de nuestra *Introducción al derecho*, en versión digital en el sitio www.gordillo.com, donde se puede bajar gratuitamente; también en versión inglesa y francesa como *An Introduction to Law* e *Une Introduction au droit,* en ambos casos con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, director del Centro Europeo de Derecho Público, Londres, Esperia, 2003; este cap. V también salió publicado previamente en *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; *Revista Universitaria La Ley*, año III, nº 4, agosto de 2001, pp. 9-21.

[11] No lo estamos defendiendo, lo hemos criticado siempre. Pero a veces es el límite de lo que se puede en el momento hacer, en una sociedad subdesarrollada, como ocurriera con las leyes de obediencia debida. Para este segundo tema ver "Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521," *LL*, 2003-E, 1506. Para el primero nuestro *Tratado de derecho administrativo,* t. 2, *La defensa del usuario y del administrado,* FDA, Buenos Aires, 2003, 6ª ed., cap. XV, § 8, "El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional." A uno de los jueces subrogantes que hicieron lugar a una medida cautelar pedida por BOGGIANO, ¡oh sorpresa!, le apareció una causal que dio lugar a su justa remoción cautelar por el Consejo de la Magistratura. La Justicia humana, como la divina, tiene caminos misteriosos.

que cabe reconocer que a veces la reacción social es temprana y permitirá una igualmente temprana reacción del sistema jurídico, como todo indica que está ocurriendo con el proyecto de reformas al Consejo de la Magistratura. La sociedad debe respaldar al sistema para que éste pueda funcionar.

Queda otro consuelo, que tampoco es pequeño. Todos los costos que asume el gobierno frente a la sociedad y a la justicia son deudas que adquiere y tendrá inevitablemente que pagar en otros asuntos públicos. Su crédito no es inagotable. Además de los casos en que la sociedad pone los límites al gobierno existen los casos en que los individuos lo hacen. No solamente Bielsa puede plantarse con su conciencia. Otros pueden seguir su ejemplo. Pero no nos acostumbremos a depender de ellos. Y no olvidemos que ellos reaccionan, a su vez, por lo que reciben y perciben de la sociedad.

No seamos complacientes con nadie que tenga poder. Esa es la clave de vivir en libertad.

Capítulo VIII

CONDICIONANTES ECONÓMICOS Y FINANCIEROS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. CRISIS Y CAMBIO

Por Agustín Gordillo

Sumario

I. *Los hechos, a comienzos del siglo XXI* 91
1. El cambio y su devenir 91
1.1. Limitaciones del análisis 91
1.2. El *status quo* 93
1.3. Génesis y desarrollo de la crisis 94
2. La crisis y el cambio de fin de siglo y comienzos del nuevo milenio 102

II. *La prospectiva* 107
3. El futuro ahora previsible 107
3.1. La solución o no solución estatal de conflictos sociales 107
3.2. La regulación internacional es creciente 108
3.3. La distribución y fractura mundial del poder estatal 109
3.4. Autoridades regulatorias independientes 110
3.5. La participación 110
3.6. Seguridad exterior e interior 111
3.7. La administración y la sociedad futuras 112

Capítulo VIII

CONDICIONANTES ECONÓMICOS Y FINANCIEROS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. CRISIS Y CAMBIO[1]

Por Agustín Gordillo

I. Los hechos, a comienzos del siglo XXI

1. *El cambio y su devenir*

1.1. *Limitaciones del análisis*

En el cap. precedente expusimos los valores fundantes y señalamos al pasar algunos de los apartamientos existentes; en éste toca exponer una realidad que en el siglo XXI resulta condicionante de la vigencia de aquellos principios, básicamente en la frecuente pretensión gubernamental de no regirse por las reglas de la economía, cuando ellas son al menos claras; incluso de la lógica.[2] Su contenido

[1] El presente capítulo corresponde al capítulo IV del *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed. En consecuencia, no se repetirá en futuras ediciónes de dicho tomo del *Tratado*.

[2] Ampliar en Miljiker, María Eva (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I,* Buenos Aires, FDA, 2002; Ahe, Dafne (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II,* Buenos Aires, FDA, 2002; Alanis, Sebastián (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III,* Buenos Aires, FDA, 2003 y Scheibler, Guillermo (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV,* Buenos Aires, FDA, 2003. Ver nuestros trabajos "La seguridad jurídica y la emergencia," en Augusto Durán Martínez, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74. "Justicia federal y emergencia económica," en Universidad Austral, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, RAP, 2003, pp. 117-22. "Racionalidad, política, economía, derecho," en *LL*, 28 de diciembre de 2005, p. 1. "Si las palabras fueran energía eólica…", *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en Jorge Fernández Ruiz (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-112; también en D'Argenio, Inés (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 35-40; "La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional," Universidad Austral, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009; "La unidad del orden jurídico mundial

desborda hacia otras ramas del conocimiento.[3] También ha de resultar claro que la descripción es eminentemente temporaria y perecedera, para invitar a reflexionar sobre los hechos que se seguirán sucediendo, sea falsando[4] lo aquí expuesto, sea corroborándolo provisionalmente en algún sentido, según la explicación que damos en la primera parte del cap. I. Nosotros mismos, con el correr del tiempo, seguramente daremos versiones diferentes.

El sentido del presente cap. es así apuntar posibles problemas para su profundización en los textos específicos. Se ha producido y se sigue produciendo un cambio tanto en el mundo como en nuestro país. La globalización de la economía, de las comunicaciones, etc., es una realidad creciente de la cual, para bien o para mal, no podemos dejar de recibir efectos. Con todo, el país ha cometido, en la primera década del siglo XXI, muchos actos de irracionalidad económica que no tienen su origen en causas externas,[5] pero a los que la generalizada convulsión mundial de la economía en el año 2009 sirve de seudo argumento fundante de sus propias decisiones. Inclusive se da en este año la paradoja de que en el principal país del mundo alguno de sus líderes haya dicho que están "como la Argentina,"[6] o que

y la racionalidad económica nacional," UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; "Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina," en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; "Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality," en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, *Values in Global Administrative Law*. La doctrina económica nacional e internacional es desde luego base de indispensable consulta.

[3] La principal limitación es la que impone la economía al derecho en todas sus ramas: POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1986, 3ª ed.; *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983; *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995; BUCHANAN, JAMES M., *Economics. Between Predictive Science and Moral Philosophy*, Texas A&M University Press, College Station, 1987; BUCHANAN y TOLLISON, ROBERT D., (comp.) *The Theory of Public Choice- II,* Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1984; BUCHANAN y TULLOCK, GORDON, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1990; *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Planeta-Agostini, 1993. Pero los gobernantes muchas veces creen que pueden contradecir las normas de la economía, p. ej. en razones de emergencia o por simple voluntarismo.

[4] En el sentido popperiano: demostrándolo falso. Ver *supra*, cap. I.

[5] Las propias emergencias son invocadas por sucesivos gobiernos sin formación ni asesoramiento económico adecuados y con sus medidas provocan más emergencia aún, en una espiral descendiente y acelerada. Ver MAIRAL, "El impacto de la crisis económica en el derecho," *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245: "cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene;" PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional," *LL*, 2006-A, 872; DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, "Los superpoderes al Jefe de Gabinete," *LL, Suplemento Actualidad*, 27 de julio de 2006, p. 1. Ver nuestros citados arts. "Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina," "La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional," "Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality."

[6] Acá se nos escapa el carácter sarcástico de esta afirmación y algunos la toman como si fuera un reflejo de la realidad de ellos. No conocen seguramente los chistes que allá se hacen sobre nuestras diversas experiencias bizarras, como tener cinco presidentes en una semana, ni nuestro conocido autoritarismo. Recuerdo una obra de teatro en Broadway en que a un personaje que se comporta autoritariamente le replican: "¿Que te creés, que estás en la Argentina?" (Y no se trataba de que

acá nuestros líderes digan que los otros países desarrollados se inspiran en los principios de nuestra economía de frontera.

1.2. *El* status quo[7]

La concepción del Estado y de la administración pública y, consecuentemente, del derecho administrativo, tiene una particular estructura a partir de la crisis del liberalismo: desde fines del siglo XIX hasta la década del ochenta en el siglo XX se fueron constituyendo los principios del derecho público que recibimos como una expresión mayoritaria y en algún modo pacífica de la concepción política, social y jurídica del Estado. El liberalismo decimonónico pasó a ser sustituido, a nivel conceptual y a veces también empírico, por el Estado social de Derecho o Estado de Bienestar.

Las nacionalizaciones de la primera mitad del siglo en Europa fueron en la Argentina las nacionalizaciones de las postrimerías de ese primer medio siglo XX, a su vea reiniciadas, aunque tímidamente. a comienzos del siglo XXI. La asunción directa por el Estado de la prestación de los grandes servicios públicos

estuviéramos con gobiernos militares, pues no era el caso en ese momento.) El *tempus irreparabili fugit* de VIRGILIO se nos aplica plenamente: pasa el tiempo, se multiplican las diferencias socioeconómicos, aumenta la pobreza y la exclusión social, y con todo el esquema axiológico de gobierno se mantiene,la sinrazón se mantiene, todo.

[7] La bibliografía del desarrollo previa al presente es muy importante. Cabe mencionar, entre otros, GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto pubblico dell' economia*, Bolonia, il Mulino, 1977; GUARINO, GIUSEPPE, *Scritti di diritto pubblico dell' economia e di diritto dell' energia*, Milán, Giuffrè, 1962; *Scritti di diritto pubblico dell' economia. Seconda serie*, Milán, Giuffrè, 1970; QUADRI, GIOVANNI, *Diritto pubblico dell' economia*, Padua, CEDAM, 1980; BENTIVENGA, CALOGERO, *Elementi di dirtto pubblico dell' economia*, Giuffrè, Milán, 1977; MARTÍN MATEO, RAMÓN y SOSA WAGNER, FRANCISCO, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Pirámide, 1974; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschafstverwaltungsrecht*, 2 vols., Mohr, Tübingen, 1953; COING, HELMUT y otros, *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, Müller, Karlsruhe, 1965; LAUFENBURGER, HENRY, *Intervención del Estado en la vida económica*, México, FCE, 1945; VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964; KOONTZ, HAROLD y GABLE, RICHARD W., *La intervención pública en la empresa*, Barcelona, Bosch, 1961; VENANCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Río de Janeiro, Fundación Getulio Vargas, 1968; SOSA, WASHIGTON PELUSO ALBINO, *Direito econômico*, San Pablo, Saraiva, 1980; KATZAROV, KONSTANTIN, *Teoría de la nacionalización*, México, UNAM, 1963; MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Madrid, Civitas, 1974; GHAI, YASH P. y otros (compiladores), Nueva Delhi, Oxford University Press, 1987; GHAI, *Law in the Political Economy of Public Enterprise*, Uppsala, Scandinavian Institute of African Studies e International Legal Centre, 1977; WHITE, EDUARDO, *El derecho económico en América Latina*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Derecho administrativo económico*, 2 vols., Buenos Aires, Astrea, 1979; WITKER, JORGE V., *Derecho económico*, México, Harla, 1985. Entre los más recientes, GARRIDO FALLA, FERNANDO (director), *El modelo económico en la Constitución española,* 2 vols., Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981; MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN (director), *Derecho administrativo económico*, 2 vols., Madrid, La Ley, 1991; BERMEJO VERA, JOSÉ (director), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1994; GRAU, EROS ROBERTO, *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed.; *Elementos de direito econômico*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1981 y las referencias de todos ellos. Toda esta frondosa literatura, si bien corresponde a una época histórica pretérita, mantiene sin embargo inesperada vigencia en el presente.

y la realización de algunas actividades económicas y sociales, pasó a ser también un principio oficial de la política gubernamental, a punto tal que fue recogido en la constitución de 1949. La derogación de la constitución de 1949 no fue sin embargo seguida de una paralela derogación de la legislación correspondiente, ni las nacionalizaciones se revirtieron. Al contrario, la tendencia al crecimiento del sector público de la economía continuó vigente. El intervencionismo del Estado en la economía y en la actividad privada, a través de la regulación desde afuera o externa a la actividad económica, era uno de los principios receptados pacíficamente. Desde la década del 30 se fueron dictando, por razones de emergencia, leyes reguladoras de la actividad económica, con una fuerte restricción de los derechos privados tal como se los había entendido hasta ese momento: leyes de moratoria hipotecaria, prórroga de alquileres; leyes reguladoras de la carne, el vino, los granos, etc.

El doble sistema de regulación, desde afuera de la actividad económica e intervención estatal desde adentro como agente de producción, pasó a ser no solamente un dato normal de la administración estatal, sino uno elevado a nivel de principio rector. Es la época en que se recoge en nuestro país la concepción de la administración del desarrollo, tanto económico como social, y de las agencias o corporaciones de desarrollo.

Quizás como exponente máximo de una época determinada podría mencionarse el intento, en distintos gobiernos, de crear sistemas de planificación del desarrollo económico y social. Es obvio, en retrospectiva, que se trató de intentos carentes de suficiente convicción en el propio aparato del Estado. Este esbozo conceptual y fracaso empírico de avanzar más allá del intervencionismo estatal para llegar a la etapa "superior" de la planificación, fue el punto de inflexión de un sistema en el cual, fracasada la aspiración máxima, quedaría marcado el comienzo del retroceso de gran parte del camino recorrido desde fines del siglo pasado. Puede anotarse como dato curioso que al entronizarse a partir de las leyes 23.696 y 23.697 el principio de la libertad de mercado, desmonopolización, desregulación, etc., se hayan dictado diversos "decreto plan" y elaborado un nuevo "plan quinquenal" en 1995 lo que no pasa, en la especie, de ser un desfasaje semántico.[8] En cualquier caso, es importante señalar que la crisis se manifiesta, con diversas características y distinta historia, en todo el mundo. También la prospectiva varía según el estado de desarrollo de cada país.

1.3. *Génesis y desarrollo de la crisis*

La crisis del sistema se fue manifestando de múltiples maneras, aunque es posible que no a todas se les asignara en su momento la importancia que tenían, ni menos aun las consecuencias que ahora resultan más claras. En nuestro país,

[8] Que encontramos también en Francia con sus "planes de privatización," "ley-marco," etc: LOYRETTE, JEAN, *Dénationaliser. Comment réussir la privatisatíon*, París, Dunod, 1986, pp. 56 y 76-9.

la crisis parece ser una constante del sistema, por las razones que más abajo expondremos.

Por de pronto, es obvio que aquel intervencionismo regulador del Estado en la economía, concebido como control de desequilibrios sociales y económicos, en la práctica distaba de ser siempre no ya eficaz sino incluso sensato. Se tomaba como ejemplo el sistema regulatorio de países avanzados, olvidando que no se trata meramente de intervenir en la economía, sino de hacerlo a través de instrumentos que cuenten con capacidad y conocimiento, eficacia y honradeza, elementos todos ellos no tan frecuentes entre nosotros, como la realidad con insistente frecuencia lo demuestra.[9] La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del funcionamiento del sistema regulatorio, lleva inexorablemente a su falta de cumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social, no solamente de los particulares sino también de la propia administración pública. Se produce aquí algo parecido al fenómeno que en algunas sociedades tribales se denomina "derecho no estatal" (*non state law*) y que en las sociedades subdesarrolladas hemos denominado parasistema jurídico y administrativo:[10] es una particular simbiosis de algunas normas administrativas o legales que se cumplen y otras normas de comportamiento humano que son igualmente cumplidas pero que no

[9] En la actualidad dicha situación se repite con múltiples ejemplos: Desde la pesificación asimétrica del 2002, pasando por el canje y quita compulsivos de la deuda en 2005, que luego se defaultea nuevamente en 2007 con el falseamiento ostentoso de los índices de actualización; la prohibición de exportaciones a través de normas o impedimentos administrativos; el mantenimiento de retenciones ilegales e inconstitucionales; la confiscación de las jubilaciones privadas a cargo de las AFJP en 2008, todo es un tributo a la falta de racionalidad económica, que se paga con nuevas huídas de capitales, aumento de la pobreza, aislamiento internacional, etc. La justicia no da abasto para frenar este nuevo avance estatista, máxime que al mismo tiempo se produce un múltiple deterioro institucional. Nos remitimos p. ej. a MAIRAL, HÉCTOR, "La degradación del derecho público argentino," en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp.17-32; "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 4-18; "Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina," en ALANÍS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-135; "El silencio de los tribunales argentinos," *RPA, Res Publica Argentina*, Buenos Aires, 2007-3: 7/23; Pérez HUALDE, ALEJANDRO, "La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional," *LL*, 2006-A, 872; "La postergación institucional," *LL, Suplemento Administrativo*, Octubre del 2006, pp. 1-15, *LL*, 2006; nuestros propios trabajos "La mutación del contrato administrativo," en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 835-8; "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?"*LL,* 2005-A, pp. 905-921; "El Estado de Derecho en estado de emergencia", LL, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; DIANA, NICOLÁS, "La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza," *RPA*, 2007-1: 90; YACOVINO, CECILIA, "De la crisis del poder al poder de la crisis," *RPA*, 2005-1: 99.

[10] Nos remitimos a nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001; *L'amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo,* introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987, un vol.de 92 pp., vol. 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzacione in Diritto Amministrativo e Scienza dell' Amministrazione.

están receptadas por la norma escrita o incluso la transgreden frontalmente. Determinar cuál es la conducta esperada por el Estado no es ya cuestión de análisis de la norma jurídica, sino una mixtura de análisis sociológico y normativo. Del mismo modo, se observa que la propia estructura administrativa formal no responde a aquella que efectivamente funciona. Tanto en este aspecto como en el anterior encontramos datos puntuales análogos también en las sociedades desarrolladas, pero es el *quantum* de la distancia entre la norma y la realidad lo que diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos desarrolladas. Siguiendo la vieja fórmula económica, la diferencia cuantitativa supera en algún momento el umbral de lo cualitativo. Cuando son tantas las diferencias entre el sistema formal y la realidad, ya no puede hablarse de meros incumplimientos al sistema: debe pensarse en la existencia de un sistema paralelo, de una administración paralela.[11] En este sistema y normatividad paralelas debe computarse también la crisis que tuvo en nuestro país la seguridad personal, tanto desde el ángulo de la subversión como de la represión. El Estado que debía tutelar la seguridad no solamente no la aseguraba sino que la transgredía sistemáticamente.[12] Aún luego de un cuarto de siglo de democracia, todavía es frecuente que los delitos sean cometidos por la policía, de acuerdo a las noticias diarias que proporcionan los periódicos.

Al margen de consideraciones en materia de derechos humanos,[13] este masivo incumplimiento normativo constituye un ingrediente más de la virtual disolución del Estado como lo concibieron los pensadores del siglo XIX. La transgresión sistemática por el Estado a su propio derecho lleva a la creación de un derecho supranacional y organismos supranacionales de control.[14]

Le quedaba al país la opción de someterse o apartarse: eligió primero, a partir de 1983, someterse a los tratados internacionales de derechos humanos y de lu-

[11] El fenómeno también existe en las sociedades desarrolladas, pero con mínima repercusión. A su vez, tampoco emergen del Estado los principios generales del derecho (García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, reimpresión 1996, p. 19), el derecho internacional de los derechos humanos, etc. En cambio, el derecho supranacional de la lucha contra la corrupción y la jurisdicción extranjera para juzgarla es de firme base normativa y puede llegar a convertirse en delito de lesa humanidad, por ende imprescriptible.

[12] Sosa Richter, Rubén A., *Función y violación de los derechos humanos en la postguerra (El caso argentino)*, Buenos Aires, La Ley, 1990; recensión en *LL*, 1990-D, 1308, secc. bibliografía. Neilson, James, *En tiempo de oscuridad 1976/1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001.

[13] Ver un enfoque general en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed.

[14] Nuestro art. "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno," *LL Actualidad*, 17-IV-1990, antes reproducido como cap. III de nuestro libro *Derechos Humanos, op. cit.,* desde la 1ª edición, en ese mismo año de 1990; posteriormente reproducido en *LL*, 1992-B, 1292. Como explica Ataliba Nogueira, es uno de los signos que acompaña el colapso de la antigua idea corriente de Estado: *O perecimento do estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, pp. 24-5. Ver también, del mismo autor, *Liçôes de teoria geral do Estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1969, pp. 46-67. Retoma la idea, desde otro ángulo, Bacacorzo, Gustavo, *Tratado de derecho administrativo*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2000, 4ª ed., cap. 15, "Hacia la desaparición del Estado [...]."

cha contra la corrupción, todo lo cual tuvo su punto máximo en la Constitución de 1994.

Pero pocos años después, al comienzo del nuevo milenio, comenzó nuevamene el proceso de renovado aislamiento internacional buscado por el propio Estado, de retorno a viejas ideologías de intervencionismo estatal injustificado. Era también evidente en la postrimería de la primera mitad del siglo XX, que se había creado toda una mitología alrededor de viejas nociones como "servicios públicos"[15] y "poder de policía."[16] Su hipertrofia acompañó el proceso de deterioro del Estado, torciendo a favor de la autoridad el equilibrio entre autoridad y libertad.[17] Al propio tiempo que aquel mundo se desmoronaba, la tecnología aceleró su obsolescencia. La era de las computadoras y las nuevas comunicaciones fue una modificación comparable a la revolución industrial del siglo XIX,[18] pero no se la ve reflejada en una administración modernizada.[19] La vieja idea que constituyó artículo de

[15] La exposición de esta crisis, en nuestro país, la realizamos en el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. VI. En el derecho comparado ver, entre otros, DE CORAIL, JEAN-LOUIS, "La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français," LGDJ, París, 1954.

[16] Quien primero expuso la crisis fue ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche y Universitätsbuchhandlung, 1954, p. 288 y ss. La desarrollamos *infra,* t. 2, *op. cit.*, cap. V y la explicamos nuevamente en otra versión, bajo el título "Policía y poder de policía," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41. En contra BEZNOS, CLOVIS, *Poder de polícia*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, aunque la doctrina latinoamericana se haya inclinado pogresivamente hacia la concepción austríaca que en su momento explicáramos. Entre quienes se mantienen firmes en sus conviciones de antaño se encuentran CASSAGNE, JUAN CARLOS, en coautoría con GALLI BASUALDO, MARTÍN, "Reflexiones acerca de la implementación del "sistema de evaluación permanente de conductores" en la Ciudad de Buenos Aires," en ALTERINI, JORGE, (dir.), *Sistema de evaluación permanente de conductores. Doctrina. Texto actualizado de la ley 4148. Jurisprudencia extranjera*, La Ley, 2009, pp. 8-15, esp. nota 13 y texto. Pero lo que resulta más destacable, tratándose de distinguidos colegas, es que aún persistan en una terminología *que la propia larguísima ley que comentan no utiliza* **ni siquiera en un sólo lugar***, lo cual obviamente no es producto de la casualidad sino* **del criterio jurídico utilizado, que no es el de los comentaristas**, sino el de ANTONIOLLI, recordado por mí. La ley claramente se centra en los derechos individuales y no en el poder del Estado, tal como precisamente lo propiciamos desde 1960, siguiendo a ANTONIOLLI: "La crisis de la noción de poder de policía," *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1960, p. 227 y ss., hasta el presente. Deberían haberlo advertido, cuando los "controladores" de tránsito están también basados en el pensamiento que tomé del derecho canadiense y otros sobre los tribunales administrativos, como me lo dijo expresamente uno de los primeros autores del sistema. Me refiero entre otros trabajos al libro *Problemas del control de la administración pública*, Madrid, Civitas, 1981, luego incluído en este tratado y explicado con otros ángulos en "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-62. No pretendo originalidad en las ideas, sólo iniciativa en leer y transmitir información adecuada de derecho comparado, que luego algunos receptan y otros no.

[17] Ver *supra,* § 1.

[18] La bibliografía es vasta. Ver, entre otros, ZUBOFF, SHOSHANA, *In the Age of the Smart Machine. The Future of Work and Power*, Nueva York, Basic Books, 1988.

[19] Ver nuestra art. "La modernización de la administración pública," en *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, opus* No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71.

fe en nuestro país, acerca de la riqueza de sus recursos naturales,[20] lentamente fue dando paso a la convicción, no del todo generalizada, de que se trataba de una quimera. Si a comienzos del siglo XX pudimos considerarnos equiparables a Australia o Canadá y quedamos luego muy atrás;[21] si en la década del sesenta nuestros indicadores macroeconómicos eran similares a los de Taiwan o Singapur y nadie osaría hoy comparar nuestro rendimiento económico con el de los cuatro tigres de la Malasia; si algunos datos nos asemejaron en los 80 del mismo siglo a los países de la Europa del Este, la prospectiva de su integración a la Unión Europea marca todavía más nuestro aislamiento y deterioro. Dicho de otra manera, si es que hubiéramos sido un país rico en recursos naturales o humanos, ello no se advirtió sostenidamente en ningún dato económico general: Balanza de pagos, producto bruto interno, renta per cápita, pobreza e indigencia, distribución de la riqueza; situación de endeudamiento externo[22] no ya coyuntural[23] sino estructural, recesión profunda y acumulativa, el fantasma constante de la hiperinflación, el permanente desajuste de las cuentas fiscales, desempleo estructural, pobreza e indigencia estructurales, la quiebra virtual del aparato del Estado en cuanto a eficacia: Podrán aumentar sus intervenciones, pero sólo sirven para desmejorar los índices del resultado económico o social de ellas. Por eso es que un gobierno que manifiesta intenciones distributivas del ingreso acúa concentrando el ingreso en el capitalismo de amigos, en desmedro de la pobreza e indigencia estructurales, que no hacen sino aumentar con el correr del tiempo y de las políticas públicas. La declinación en el ahorro y la inversión llevan a fines de la década del 80 a la mitad del nivel de la década del 70; el producto bruto es un 26% más bajo que en 1974; el ingreso per cápita cayó a un ritmo del 1,7% anual desde 1975 a 1985.[24] La deuda externa creció desde 1970.[25] Desde 1973 el déficit presupuestario se hace crónico; la ineficiencia —o peor,la corrupción— del sector público se sol-

[20] U otros excedentes por bonanzas que son manejados con mentalidad de "Estado rico:" BONEO, HORACIO y otros, *Privatización: del dicho al hecho*, Buenos Aires, *El Cronista Comercial*, 1985, p. 32 y ss. Una versión optimista en FERRER, ALDO, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, Buenos Aires, FCE, 1977, p. 119. Más realistas BUCHANAN, JAMES M. y WAGNER, RICHARD E., *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, San Diego, California, Academic Press, Inc., 1977.

[21] Para un análisis crítico de la validez de la comparación ver FERRER, *op. cit.*, pp. 69-70, nota 3; del mismo autor, con E. WHEELWRIGHT, *Industrialization in Argentina and Australia. A Comparative Study*, Buenos Aires, Instituto Torcuato Di Tella, 1966.

[22] Ver nuestros arts. "El contrato de crédito externo," *RAP*, 97: 423, Madrid, 1982, reproducido en A.A.D.A., *Contratos administrativos. Contratos especiales,* t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226 y *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IV.

[23] Lo que nació bajo el rótulo de *Foreign Aid* —ayuda externa— se transforma así en *Foreign Debt* —deuda externa. Es algo más que un cambio semántico. Para una discusión de los orígenes ver BHAGWATI, JAGDISH y ECKHAUS, RIHARD S., *Foreign Aid*, Bungay, Suffolk, Penguin, 1970.

[24] DORNBUSCH, RUDIGER y DE PABLO, JUAN CARLOS, *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988, p. 11.

[25] DORNBUSCH Y DE PABLO, *op. cit.*, p. 45 y ss. Al comienzo los bancos prestaban, aun sólo para financiar los préstamos viejos, sin inconvenientes.

ventaba con más déficit presupuestario y éste con mas endeudamiento interno y externo, hasta que finalmente en el 2008 comenzamos a fagocitarnos nosotros mismos, en sentido figurado, al confiscarse los fondos de jubilaciones y pensiones privadas. La década de 1970-1980 contuvo lo que algunos economistas llamaron "la peor crisis económica del país en este siglo,"[26] pero las siguientes habrían de ser peores. La década 1980-1990 cerró con una inflación de 3.36 millones de veces y la imposibilidad material sistemática del Estado nacional y provinciales de hacer frente a sus obligaciones legales o contractuales de financiamiento.[27] La crisis del endeudamiento externo se acelera desde 1978,[28] y con la crisis del sistema financiero a partir de 1980,[29] se transforma además deuda privada en deuda pública externa;[30] ello, con más el múltiple costo de una guerra,[31] lleva a una deuda externa en crisis terminal desde 1982.[32] A esta crisis de 1980-1982 se respondió todavía con las medidas de intervencionismo y endeudamiento: se palió lo inmediato y se agravó el fondo.[33] En el comienzo del siglo XXI se repitió

[26] *The Economist*, "Argentina: a Survey," enero 26 de 1980, pp. 11 y ss., l9 y ss.

[27] Como dice Scalia en su voto en el caso *Weltover*: "Desafortunadamente, Argentina no poseía suficientes reservas en dólares para cubrir los contratos FEIC cuando vencieron en 1982;" "Cuando los Bonos comenzaron a vencer en mayo de 1986, Argentina carecía de divisas suficientes para retirarlos," etc.: *LL*, 1992-D, 1125-6. La situación se repite luego, obviamente.

[28] P. ej. con lo que resultó una costosa política de avales estatales a inversiones privadas de riesgo en obra pública: Cavallo, Domingo, *Economía en tiempo de crisis,* Buenos Aires, Sudamericana, 1989, p. 20 y ss., p. 208. Algunos autores remontan el aumento constante de la deuda externa más atrás, otros lo hacen nacer en 1980: Dornbusch y de Pablo, *op. cit.,* p. 68. En todo caso, el colapso del programa de Martínez de Hoz es público en marzo de 1981: *op. cit.*, p. 64.

[29] Dornbusch y de Pablo, *op. cit.*, pp. 65-6. Se produjeron quiebras y múltiples intervenciones y liquidaciones por el BCRA, ratificadas o autorizadas por los decretos leyes 22.267/80 y 22.229/80, que llevaron a mayor endeudamiento del Estado para enjugar las pérdidas del sistema, p. ej. el decreto-ley 22.510/81; todo ello sumado a numerosas y cambiantes resoluciones del BCRA. Para una descripción de este *plateau* 1980-1982 de la crisis previa, ver Liendo (h.), Horacio Tomás, *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1990, pp. 142-49. El proceso se reinicia en 2008, por diferentes autoridades políticas.

[30] Liendo, *op. cit.*, pp. 148-9.

[31] La vinculación de la guerra con la crisis que se desata o acelera en la deuda externa es explicada en Berz, Cristina Noemí; Sosa, Estela Diana y Gallardo, Luis Adrián, *Deuda externa: optimización de recursos*, Tesis, Buenos Aires, 1990, p. 17 y ss. El efecto no se altera porque conforme al derecho internacional no se haya tratado de una guerra *stricto sensu*: Zuppi, Alberto, *Die bewaffnete Auseinandersetzung zwischen dem Vereinigten Königreich und Argentinien im Südatlantik aus völkerrechtlicher Sicht*, Berlín, Carl Heymanns, 1990, p. 190.

[32] Berz, Sosa y Gallardo, *op. cit.*, pp. XX, 18 y ss., 176 y ss. La deuda externa pública y privada argentina aumentó U$S 26 mil millones entre fines de 1980 y fines de 1983 y la parte pública de ella pasó del 52% al 71,8%: Dornbusch y de Pablo, *op. cit.*, p. 65.

[33] Hay en esto una importante dispersión semántica, pues es común llamar "liberales" o "neoliberales" a distintas políticas económicas tan sólo menos intervencionistas que otras, p. ej. Ferrer, "El retorno del liberalismo: reflexiones sobre la política económica vigente en la Argentina," *Desarrollo económico*, 1979, vol. 18, núm. 72; *La economía argentina*, Buenos Aires, FCE, 1980; *Crisis y alternativas de la política económica Argentina*, Buenos Aires, FCE, 1977. Sin embargo, Ferrer reconoce que las políticas llamadas liberales han mantenido intacta una estructura sobredimensionada del Estado, con instrumentos de raíz keynesiana: *op. ult. cit.*, pp. 137-8. Comparar Liendo, *op. cit.*, p. 145.

la fórmula.[34] Pero la seguimos repitiendo, con una convicción voluntarista que parece rayana en la fe.

Durante veintiocho años consecutivos del siglo XX el gobierno no movilizó los suficientes recursos para pagar la deuda y ésta llegó al 85% del producto bruto en 1989, año en que, simultáneamente, se dieron dos episodios de hiperinflación. No era ya mero estancamiento, recesión, inflación; se trataba realmente de la emergencia, el estado de necesidad, o "la emergencia de la emergencia."[35] En 1989 y luego en 2008/9 se agregan las sequías más grandes en un siglo,[36] en 1990 se produce el nuevo aumento del petróleo, la baja del precio de los productos primarios en el mercado internacional, valores de intercambio deprimidos, mayor caída de la producción, más recesión, caída de los niveles de ingreso, etc. En el 2009 se repite todo lo mismo, incluso otra sequía que ya se denomina también la más grande del siglo, ¡por segunda vez! Los valores de los productos primarios otra vez reducidos, etc.

El Estado había crecido a impulso de la doctrina económica que veía en él la salida a la crisis de los años 30.[37] Pero en estos sesenta años creció más de lo manejable,[38] y ya no pudo proveer ni siquiera lo mínimo que debía hacer para los más liberales desde ADAM SMITH en adelante: seguridad, policía, justicia. La realidad lo aproximó, por inoperancia, al ideal anarquista[39] de la inexistencia o la disolución.[40] Del total lo más gravoso eran las empresas públicas y ello llevó a "la necesidad imperiosa de liberar al Tesoro de los déficits crecientes producidos por las empresas no redituables."[41] Se hizo parte de ese camino, y en el siglo XXI se comenzó a rehacerlo a la inversa: se reestatiza *Aerolínes Argentinas*, en pésimo negocio, se compran aeronaves, se aumentan al paroxismo frecuencias de vuelos a lugares predilectos del gobernante de turno. Es la variante contemporánea de la pista de aterrizaje internacional en el pueblo de Anillaco, con otro Presidente ejerciendo iguales excesos de poder no impedidos por el sistema de control, siempre tardío e ineficiente. Por eso proliferan en el exterior comenta-

[34] Puede verse el análisis de ambos procesos, en esencia iguales en la sistemática violación constitucional, en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4° ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, nota al art. 14 *bis*, "Los derechos sociales en las emergencias," pp. 226-9 y sus referencias.

[35] LIENDO, *op. cit.*, p. 152, nota 30.

[36] La anterior corona la gran crisis de 1890-1894, igualmente acompañada de deuda externa imposible de pagar en los términos acordados, quiebras: CORTÉS CONDE, ROBERTO, *Dinero, deuda y crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989.

[37] KEYNES, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, FCE, 1963, 6ª ed.

[38] Ver BONEO y otros, *op. cit.*, pp. 31 y 49; GLADE, WILLIAM P., en el mismo libro, p. 251.

[39] ROULET advertía contra "Esta especie de *neoanarquistas* de derecha, no quieren un control social ni reglas de juego;" preconizaba un estado "flaco y fuerte": ROULET, JORGE ESTEBAN, *El Estado necesario*, Buenos Aires, Centro de Participación Política, 1987, pp. 20 y 22.

[40] Ver ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do estado*, *op. cit.*: no es de la anarquía, porque subsisten la sociedad política, el derecho, la autoridad: varía la organización, p. 19 y ss. y *O estado é meio e não fin*, San Pablo, Saraiva, 1955; *Lições de teoria geral do Estado, op. loc. cit.*

[41] GLADE, en el libro de BONEO y otros, *op. cit.*, p. 253.

rios extremadamente negativos sobre nuestro país y hemos sido rebajados, en la calificación internacional, a la categoría de "Economía de Frontera." O sea, estamos como en el *Far West*. Quebró ya en aquel entonces el sistema, empírica y teóricamente, por sobreexpandirse no más allá de lo imaginable como aspiración de justicia social, pero sí más allá de lo posible como gasto público eficaz.[42] Ahora quebrará nuevamente, aunque parezca agorero decirlo: Pero la cesación de pagos ya está en marcha, con el *default* de la no actualización honesta de la deuda emitida en el canje de 2005 y otros títulos con igual sistema de ajuste por el índice de precios oficiales ostensiblemente falseado a juicio de todos los economistas. A ello cabe agregar, en este siglo XXI, la continuidad del *default* con el Club de París y el *default* con los que no entraron al canje de la deuda en 2005, los famosos *holdouts* que comienzan a ganar juicios en el exterior y a embargar cuanto recurso del Estado se encuentra fuera de nuestra jurisdicción territorial o del territorio suizo, más los embargos que se avecinan en el exterior luego del pronunciamiento del tribunal arbitral del CIADI en el caso *Sempra*.[43]

La vieja pregunta acerca de si había poco o demasiado Estado,[44] de pronto se contestó: demasiado y además muy ineficiente[45] en épocas normales o de bonanza, sin perjuicio de corrupto. La respuesta, con variaciones, es análoga en el mundo; sólo que en nuestro país y otros emergentes como Bolivia, Ecuador o Venezuela, se prefiere intentar *otra vez lo mismo* a comienzos del siglo XXI. No logramos aprender de nuestros propios fracasos ni de los vecinos de Cuba, a la que nuestros gobernantes consideran modelo de desarrollo.

Felizmente para la humanidad, estos países somos la excepción, como lo prueba el constante desarrollo de nuestros vecinos inmediatos, Brasil, Chile, Uruguay y otros que no cayeron nuevamente en la vieja tentación populista, tan cara al caudillismo que desde siempre practicamos en el país.[46]

[42] "Bajo el peso de una competencia que comprende todo, el estado sucumbe por su incompetencia para hacer todo. Cumple mal su tarea, cuando la cumple:" ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do Estado, op. cit.*, p. 20.

[43] VENTURA, ADRIÁN, "Condenan al país a depositar una garantía de US$ 75 millones," *La Nación*, suplemento *Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1. Según esta publicación, tenemos 33 casos pendientes de sentencia arbitral, y 16 concluídos, y ante el no cumplimiento de otras sentencias arbitrales, el tribunal dispuso que no correspondía la ejecución interna de los laudos arbitrales, como ha sido la posición argentina, sino que su ejecución puede pedirse ante tribunales extranjeros.

[44] FORSTHOFF, ERNST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 63 y ss.

[45] Las agencias nacionales que prestan servicios sociales a veces gastan el 90% de sus recursos en personal.

[46] PÉREZ GUILHOU, DARDO, "Presidencialismo, caudillismo y populismo," separata de los Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005, también publicado en www.ancmyp.org.ar Ver también la referencia nuestra de la nota siguiente.

2. *La crisis y el cambio de fin de siglo y comienzos del nuevo milenio*

A partir de la década del ochenta del siglo XX el excesivo endeudamiento introduce nuevos condicionamientos, que se repiten nuevamente en el ciclo que se incia en el año 2008.[47]

Las corrientes migratorias de los países más pobres a los menos pobres o incluso ricos, seamos nosotros u otros, acumulan demandas de servicios sociales que no siempre se está en condición de satisfacer. Los inmigrantes repiten en todo el mundo la misma situación, y aunque las leyes quieran y deban ser benévolas,[48] la realidad no lo es.

Ante la falencia de seguridad física y jurídica, se tornan más críticos algunos principios del derecho administrativo moderno: participación decisoria de los ciudadanos, habitantes, usuarios o consumidores; controles más eficientes de racionalidad, de oportunidad y mérito, mecanismos operativos[49] de responsabilidad, etc.[50] Pero nada de eso se ocurre en nuestro régimen jurídico y político, y la única alternativa que se ofrece y hasta atiza desde el poder político es la manifestación callejera en el corte del tránsito público, siempre que sea efectuada contra

[47] Habíamos previsto que sería un año malo, pero nada anticipaba la catástrofe que se desató. Ver nuestro art. "La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?" en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com , Serie de Estudios

[48] "El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino," *LL*, 2004-B, 1123-33.

[49] Para un claro ejemplo de ello ver Daniele, Mabel, "El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales," en Farlei Martins Riccio de Oliveira (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos en Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87, publicado también en *Res Publica Argentina, RPA,* 2007-1: 31.

[50] Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestros libros *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio,* México y Buenos Aires, Agencia para el Desarrollo (AID) y Macchi, 1973; *La administración paralela*, *op. cit.* Ver también Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed. ampliada, t. I, "Nuevos derechos y garantías," pp. 503-604, comentarios a los arts. 36-42; de la misma autora, "La emergencia y los medios de comunicación social," en Scheibler, *op. cit.*; D'argenio, Inés, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, § 94, "La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa," p. 154; Scheibler, Guillermo, "El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires," en Ahe, *op. cit.,* pp. 269-81; "Presupuesto Participativo: una redefinición de la relación administración — sociedad civil", *LL* 2004-C, 1058; "Buenos Aires, ciudad de Comunas", *LL,* 2006-F, 1035; "Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño," en Daniele, Mabel (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008, p. 237 y ss., publicado también con modificaciones bajo el título "Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño," *LLCiudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto de 2008 1-1: 38; Caplan, Ariel, "La participación de los usuarios en materia de servicios públicos," en Miljiker, *op. cit.*, pp. 171-5; Alanis, Sebastián D., "El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia," en Ahe, *op. cit.*, pp. 69-82; Ivanega, Miriam, "Derechos Fundamentales y presupuesto público: en la búsqueda del equilibrio," *El Dial Express, Suplemento de Derecho Administrativo Julio P. Comadira*, Año XI, n° 2508, 11-IV-08.

enemigos del gobierno; si es contra el gobierno, se arman controles preventivos y disuasorios con un escuadrón completo de Gendarmería, hasta 800 efectivos. Si es contra otros que no sea el gobierno, entonces no se criminaliza la protesta social. Si es un modesto cacerolazo contra el gobierno, entonces vienen las patotas paraestatales a disolver las manifestaciones. Es lógico que en ese clima, más otros aspectos que hemos expuesto en el cap. II, el proceso económico y social entre en recesión y las posibilidades de pagar tantas deudas como tenemos disminuyen.

Podemos en el orden interno hacer consideraciones diversas sobre el origen de la permanente necesidad de recurrir al crédito externo,[51] ahora cerrada al país, pero así como el desempleo pasa de coyuntural a estructural, también la deuda externa devino estructural.

Ahora hay que agregar también la deuda interna, no sólo la deuda hacia los sectores clásicamente de menos recursos y más excluídos de la sociedad, sino la deuda interna a los nuevos sectores antes de clase media que se empuja hacia la pobreza, como es el caso de la confiscación de las AFJP en el año 2008, contando incluso con el voto favorable de la oposición. Así se crea deuda futura en responsabilidad del Estado, irrealizable empíricamente como hemos explicado en otro lugar. [52]

El Estado adopta medidas sobre aumento de los *ingresos públicos* e incremento de la *deuda pública* interna y externa, pero a la vez aumenta en paralelo el gasto público, en lugar de incrementar el *ahorro* del gasto público para tratar de tener *equilibrio fiscal*.[53] Si con ello se redujera de verdad la pobreza y la exclusión social y se generaran empleos, existiría la excusa al menos teórica para proceder de ese modo, pero ello empíricamente no ocurre.

En la historia argentina de fines del siglo XX y comienzos del XXI los últimos grandes momentos de defasaje entre el presupuesto y los ingresos corrientes han

[51] Decía POSADA en 1898 que el uso del crédito se justificaba para invertir en obras de rédito futuro o si no "bien pueden implicar gastos en razón: 1° de una gran calamidad pública: una guerra; y 2°, de una mala administración, por imprevisión, inmoralidad, etc., en cuyo caso la deuda supone carga grave improductiva." POSADA, ADOLFO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, pp. 412-413.

[52] "La responsabilidad del Estado en la práctica," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, "La responsabilidad del Estado en la práctica," en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni,15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

[53] En el año 2000 se celebra un pacto federal entre Nación y provincias para conseguir dicho equilibrio. Ver ley 25.400 (modificada por ley 25.570), "Compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal," art. 8°. En el año 2002 el problema se agravó; volvió a ocurrir a partir del año 2008/9.

sido uno, el que alcanzó su cenit en el año 1982;[54] otro, el que se extendió desde mediados de la misma década hasta fines de ella y comienzos de la siguiente; el tercero, el de 1995 en adelante; el cuarto, que inicia su curso en los años 2007-8.

En la lista de oportunidades perdidas cabe recordar la dilapidación de los recursos de posguerra de la segunda guerra mundial, en las nacionalizaciones que tanto más costaron luego al país y tan poco resultado dieron en la privatización, del no aprovechamiento de la bonanza externa del 2003-2007. Camino que se vuelve a recorrer con las estatizaciones de 2007-8, en un regreso perfecto al pasado.

No existe hoy en día discusión acerca de que existió un verdadero estado de emergencia en 1989-1992. También es claro que a partir de 1991 y hasta 1994 los datos macro-económicos oficiales y los manejados externamente daban un panorama alentador y económicamente positivo. Pero al desencadenarse la crisis de 1995 la mirada retrospectiva muestra que no todos los datos estaban sobre la mesa. Sin duda cabe agregar responsabilidades coetáneas, como el aumento del gasto público que casi se duplicó desde 1991 a 1994, no obstante la reducción del aparato estatal. El endeudamiento externo, en lugar de reducirse, también aumentó tanto en el sector público como en el empresarial, parejo a un mayor endeudamiento interno de la población. Cabe sumar la permanente incapacidad de lograr una ecuación razonable entre el costo presupuestario en materia social y el valor de los servicios que se prestan.[55] Algo debió hacerse en su momento con los monopolios que con ganancias exorbitantes y constante sobrefacturación privaron a la población de parte importante de su poder adquisitivo: El caso clásico de las empresas de teléfonos.[56]

Siguieron inexorablemente la venta de acciones de empresas privatizadas que quedaron en manos del Estado, nuevas privatizaciones, etc. Pero en la crisis de 2002 se frenan todas las tarifas de servicios públicos, lo que se las mantiene así demasiado tiempo, hasta 2009. Lógicamente se produce tanto el deterioro de los

[54] Cavallo, *Economía en tiempo de crisis*, *op. cit.*; Liendo, *op. cit.*; Dornbusch y de Pablo, *op. cit.*; Berz, Sosa y Gallardo, *op. cit.* A pesar de que desde 1977/8 se perfilaba el problema, en 1977 todavía era optimista Ferrer, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, *op. cit.*, p. 119, quien hablaba del "potencial económico excepcionalmente apto" del país. Ya ahora no quedan economistas optimistas con este rumbo económico actual, quedan solamente los funcionarios políticos haciendo declamaciones de esperanza, ilusión, engaño al fin.

[55] Ya desde 1983 el Banco Mundial en su Informe sobre el Desarrollo Mundial señaló lo que luego, p. ej. en España, se recoge como que "El Estado ha de aumentar su *efectividad* social, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales […] *La relación entre el coste de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción*": Instituto Nacional de Administración Pública, *Congreso iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Madrid-Alcalá de Henares, Madrid, 1985, p. 30. Ver también Comadira, Julio, "La Sindicatura General de la Nación en la emergencia social," en Ahe, *op. cit.,* pp 15-27.

[56] Es útil al efecto ver el caso *Telintar S.A.*, *LL*, 1995-A, 220, con nuestro comentario: "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios," *LL*, 1995-A, 217, reproducido en *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. III. Ver Botassi, Carlos, "Contratos Públicos y emergencia actual en la Provincia de Buenos Aires" y Caplan, Ariel, "Qué emerge en la emergencia de los servicios públicos," en Alanis, *op. cit.,* pp. 137-51 y 177-82 respectivamente.

servicios por la consiguiente desinversión progresiva, como en el caso energético. Cuando en ese momento se actualizan las tarifas, la resultante explosividad de los aumentos por tantos años de deterioro tarifario, el detrimento es nuevamente hacia las clases menos favorecidas de la sociedad. Nunca encontramos el punto medio.

Lo más difícil de todo pareciera ser descubrir y erradicar los gastos ocultos o visibles que elevaron siempre el gasto público, caso típico obras públicas contratadas a precios aberrantes; lograr la eficiencia y economicidad del gasto social, de modo tal que los costos se correspondan con las prestaciones; no realizar contrataciones u obras públicas innecesarias, sea por administración o por concesión, ni menos aún contratar con alguien porque vende a crédito; no querer encontrar en el contrato superfluo el modo de recaudar fondos, con lo cual el costo social es doble: La erogación superflua del Estado, lo principal y la recaudación, lo secundario.

Por eso es mayor el interés por las contrataciones más grandes: Ha de verse con atención toda contratación sustancial no suficientemente justificada, en un país de déficit presupuestario y deuda pública perpetuos.[57]

En los comienzos de 1983/4 y luego en los años de 1989-1990 se podía decir con toda certeza que la situación provenía de antes, pero después ya no: en 1995 fue claro que la situación era un producto que a lo sumo podía imputarse *en parte* a factores externos, a la balanza comercial, etc., pero que también obedecía al manejo interno de la cosa pública en el quinquenio.

Los tres últimos gobiernos del fin del siglo XX no reaccionaron con plenitud frente al desfinanciamiento del gasto público ni su control; todos encontraron por igual un problema al parecer empíricamente difícil de resolver.

Recién en el 2000/2001, cuando hubo que recurrir a un "salvataje" internacional, se comenzó a tomar razón de la gravedad del tema.[58] La misma falta de reacción anticipada o más rápida frente a la realidad se había visto antes y se habría de ver después en el la primera década del siglo XXI. En en 1973/5 no había crédito externo disponible, ni endeudamiento posible, ni reservas: ello hizo nacer un fárrago regulador que terminó en el "rodrigazo." En el 2007/9 el fenómeno se repite. En 1976/83 el gobierno se dedicó a la captación de fondos externos, produciendo recursos falsos que se dilapidaron. El crecimiento del gasto y la deuda

[57] Ver Sotelo de Andreau, Mirtha, "Un nudo gordiano en la contratación pública: la corrupción," en Scheibler, *op. cit.* Ver Mairal, Hector A., *Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos RPA, Rap, 2007.

[58] Y que además tiene frente a sí la insuperable paradoja de esgrimir la crisis y la situación de emergencia como habilitante legislativa, pero tratando de no contribuir a un clima de pánico o mayor desconfianza hacia la economía. Así como los antiguos economistas del desarrollo hablaban del círculo vicioso de la pobreza y de la riqueza, tenemos aquí un *círculo vicioso de la crisis*: cuando se la invoca para tratar de corregirla, también se contribuye a su más amplia percepción con los consiguientes efectos otra vez circulares: corridas bancarias, retiro de depósitos que obliga a los bancos y entidades financieras a vender títulos y acciones, producen continuas caídas en la bolsa, lo que lleva a más retiros bancarios, más ventas, etc. Es también parte de la espiral de la emergencia.

pública en ese período, de virtualmente cero a 60.000 millones, incluida en 1982 la nacionalización de la deuda privada externa, fueron la causa de las crisis ulteriores. La carencia de reacción oportuna en 1985, 1986, 1987, llevó al descontrol de 1989; la ausencia de una reacción en 1991-1994, más una duplicación del gasto en el mismo período, llevó al desfinanciamiento de los años 1995 y siguientes. De allí se pasa a la nueva emergencia en el 2000, reducción de salarios, esfuerzos de equilibrio fiscal, traspaso de inversiones omitidas por el Estado a costo de las tarifas de los usuarios, etc. Ahora ya no "parece" la emergencia permanente:[59] *lo es*. La reacción del Estado fue catastróficamente mala: *default*, confiscacion parcial de depósitos bancarios y créditos hiptecarios vía pesificación asimétrica, intervención unilateral del gobierno en casi todos los contratos financieros y privados y otros dislates de igual tenor,[60] con la consiguiente desparición del crédito privado y la constante fuga de capitales. Bien pudo decir MAIRAL, en el 2003, que se trataba de "La degradación del derecho público argentino." [61] La justicia inició en 2002 una recuperación del derecho, en tiempos compatibles con la emergencia así empeorada; en 2009 está ocurriendo lo mismo y cabe por ello esperar una morigeración de los efectos destructivos de estas políticas estatales o paraestatales. Esto da una vez más un mentís categórico a todos aquellos que pretenden que "en estas cosas" sabe más la administración y el legislador cautivo que los jueces. Ello no es así ni remotamente, en nuestro país. Ojalá pasemos a un gobierno de los jueces, los únicos que entre nosotros tienen mayores chances de ver los temas con objetividad, racionalidad, imparcialidad. No serán todos los jueces que luzcan esos atributos, pero si una masa crítica de entre ellos lo logra, bajo los auspicios de la CSJN, queda al menos la esperanza de que el desvarío se reencamine.[62]

[59] CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA ELENA, "Estado argentino: la emergencia permanente," *RAP*, 264: 19, Buenos Aires, 2000. Ver también las demás referencias de la nota 1, y de la nota 62 en la p. 19, y otras de este cap.

[60] Ver MILJIKER, *op. cit.*; AHE, *op. cit.*; ALANIS, *op. cit.* y SCHEIBLER, *op. cit.*

[61] Ver en SCHEIBLER, *op. cit.* Ley 26.204.

[62] Nuestra primera respuesta, dubitativa, en "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?" *LL*, 2005-A, 905-921, si bien matizada en "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio," *LL*, 2004-E, 1231-3, mutó ya más positiva en "Ángel Estrada," *JA,* 2005-III, fasc. 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf. y se ha vuelto positiva con el caso *Halabi* de febrero de 2009, *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., "Las sentencias que declaran la inconstitucinalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límitese subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?" Para los antecedemtes ver nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título "Los grandes fallos de la actualidad," en la 2° ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998. Ahora sí la CSJN está encarrilando al país y sirviendo de norte a los demás tribunales.

II. La prospectiva

3. *El futuro ahora previsible*[63]

La mirada hacia el pasado y el presente no permite ser muy optimista sobre el futuro. Hemos repetido demasiadas veces los mismos errores. Pero intentemmos no obstante echar una luz sobre un posible futuro distinto.

3.1. *La solución o no solución estatal de conflictos sociales*

Hay juristas que caracterizan al derecho como un sistema de previsión de posibles soluciones a los conflictos sociales. Hay quienes sostienen que la función de los órganos de justicia no es dirimir los conflictos sociales, sino dejar que la sociedad los resuelva y luego recoger sus soluciones. Hay quienes piensan que el legislador no debe adelantarse demasiado a su tiempo, que debe recoger lo que es un sentimiento social compartido.

En éstas y otras posibles postulaciones, hablar del derecho de los próximos años supone hablar de la sociedad y la cultura o los hábitos sociales del siglo XXI: ellos son los que marcarán el rumbo legislativo y jurisdiccional. Como todo proceso será una lenta evolución, no un salto cualicuantitativo. Y esa evolución es tan interdependiente de otros factores económicos y sociales que resulta una aventura del espíritu tratar de imaginarse qué puede ocurrir en un futuro en el cual ya no estaremos.

Así como un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso, el destino de los próximos años de ciencia jurídica se puede escudriñar a partir de los últimos pasos del siglo XX y los primeros que se avizoran de este milenio. No hablamos pues para el futuro, sino para el inquietante presente. La pregunta real no es dónde estaremos dentro de cien años, sino en qué dirección estamos ahora dando qué pasos.

Esos primeros pasos van mostrando cómo las compañías que tienen diferendos locales no acuden ya a la justicia, por el alto monto de su tasa de justicia, sino a tribunales arbitrales internacionales. Las grandes cuestiones empresarias ya no se someten a la justicia interna cuando es posible evitarla.[64]

[63] Para un tratamiento más completo del tema y el análisis de algunos puntos aquí omitidos, ver nuestro art. "1995-2095, cien años de derecho administrativo," *Revista Jurídica de Cataluña*, número extraordinario, Barcelona, 1997, p. 61 y ss; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003.

[64] La Cámara de Comercio Internacional, CCI, con sede en París, es el tribunal a que a menudo recurren las empresas con conflictos locales para que sean dirimidos. Ver FERNÁNDEZ BLANCO, PABLO, "YPF y Central Puerto pelean en tribunales inernacionales por $ 1.115 millones," *El cronista*, 5-III-09, p. 16.

3.2. *La regulación internacional es creciente*[65]

El sistema de derechos humanos es hoy en día claramente supranacional, según lo estamos viendo en este vol. En otra materia, existen algunos sectores de la economía que están virtualmente internacionalizados, como el sistema financiero. La presión de los acreedores externos para que morigeremos la corrupción es creciente y lleva, como primer paso, a la Convención Interamericana contra la Corrupción. Otros pasos habrán de seguirla, ciertamente.[66]

Hay otros campos en que la regulación internacional es creciente: tal el sistema de protección de los recursos naturales, en que hay progresos en la tendencia a la regulación de los fondos marinos y el derecho del mar. Pero es posible que haya todavía más desarrollo regulatorio internacional, sobre todo en materia financiera. En otro aspecto, hay actividades que se desarrollan actualmente en los mares internacionales, fuera de la jurisdicción de todos los países. Los casos más antiguos y conocidos fueron los casinos flotantes, fuera de las cuatro millas de las aguas jurisdiccionales de Estados Unidos. Le siguieron las radios instaladas fuera de la jurisdicción marítima, p. ej. de Inglaterra, para escapar a las regulaciones nacionales. La Internet fue concebida como un sistema de comunicaciones libre de toda injerencia estatal, pero ya hay opiniones que quisieran regularla.

Al mismo tiempo la pesca en aguas internacionales se abarató con los buques factorías, que realizan todo el proceso fabril en aguas internacionales y fuera de la jurisdicción de Estado alguno, no siempre respetando los convenios internacionales sobre límites racionales a la explotación de los recursos marinos y a veces realizando actividades en detrimento ambiental.

Existen también al presente buques factorías que, bajo bandera de conveniencia (*convenience flag)*, constituyen fábricas que producen otros productos en altamar, sin sujeción a las normas impositivas o laborales locales, obteniendo precios más baratos y que ni siquiera tocan puerto: otras naves se acercan a retirar la producción, hacer los recambios de personal, etc. Todo este sistema de creciente actividad en aguas internacionales puede llegar a tener suficiente importancia económica como para que las naciones quieran regularlo, controlarlo y por qué no, tributarlo.

Cabe, en general, esperar un lento pero progresivo avance de la regulación internacional en muchos campos de la actividad humana.

[65] Puede verse Rozakis, Christos L. y Stephanou, Constantine A., *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983; Aman Jr., Alfred C., *Administrative Law in a Global Area*, Nueva York, Ithaca, Cornell University Press, 1992. En otra perspectiva ya antes se hablaba también de *Le nouvel ordre économique international et l´administration publique*, Aire-sur-la-Lys, Institut International des Sciences Administratives y UNESCO, 1983, libro coordinado por Gérard Timsit.

[66] Es ésta una lógica inexorable de los hechos. Ya lo advertimos *antes* del dictado de la CICC en nuestra amarga ponencia *Una reflexión actual*, en el libro *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV y Civitas, 1997, pp. 263-76.

3.3. *La distribución y fractura mundial del poder estatal*

El primer problema que se advierte cuando uno inquiere sobre cómo serán el derecho, el Estado y la administración en los próximos años, es que no sabe bien a qué derecho, Estado y administración se refiere. Es cierto que algunas tendencias son fácilmente discernibles y algunos autores las vieron ya en la década del 60: la progresiva creación de órganos supranacionales, de normas supranacionales, de justicia supranacional, con una simultánea tendencia opuesta hacia la descentralización o la regionalización del poder dentro de cada país. Acompaña también al proceso el creciente desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, personas jurídicas privadas o públicas no estatales que realizan actividades de interés público pero sin formar parte de organización estatal alguna. A su alrededor y a veces en la administración pública, aparecen personas que desempeñan funciones públicas sin revestir la calidad de agentes del Estado.

El clásico Estado nacional se ve así sometido a tensiones opuestas, que lo tienen por casi seguro perdedor: pierde poder a mano de las regiones estatales internas, pierde poder a manos de la comunidad estatal supranacional, pierde poder a manos de organizaciones no gubernamentales. Ninguno de estos fenómenos es malo. Es bueno, al contrario, que el poder se fracture, que haya múltiples centros de poder, para que existan cada vez menos posibilidades de que alguien, uno sólo, se adueñe de todo el poder. Ese fenómeno ya se venía advirtiendo con la creación en muchos países de nuevos y diversos órganos nacionales y regionales de control jurisdiccional. No una única Corte Suprema que resuelva todo y esté muy cerca del poder central, sino una Corte Suprema, un Consejo de la Magistratura, un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, uno o más Defensores del Pueblo u *ombudsmen*, Fiscales independientes del poder político, mayor cantidad de jueces en todos los niveles, etc. Ello reproducido a nivel regional y local. En las comunidades indígenas los antropólogos estudian el derecho tribal bajo el manto de un denominado derecho no estatal. Claro, no estatal de nuestro Estado, pero sí estatal del Estado de ellos. Es que poco a poco se va admitiendo el derecho de las comunidades indígenas a regirse por sus propias normas, a autodeterminarse en lo que ahora se reconoce como su propio territorio *dentro* del viejo territorio del Estado o las regiones. Cederá otra vez el derecho nacional y además, en algunos aspectos, el territorio.

También aumentarán los mecanismos de mediación y arbitraje, como modos autónomos por los que la sociedad busca resolver algunos de sus conflictos, en lo posible sin injerencia directa del Estado salvo en su admisión substitutiva de la intervención judicial. La forma en que se concibió la Internet, como sistema de intercomunicación cuya propia arquitectura la hace insusceptible de control central alguno, es también un adelanto de los tiempos por venir. No decimos con ello que el proceso evolutivo será fácil ni sin disputas, sino que aquellos que antes

que nosotros han advertido esta tendencia ven ahora tentativamente confirmada su hipótesis. La sociedad por todas partes tiende a quitarse tutelas y órdenes externas y al propio tiempo introduce elementos de supranacionalidad que pueden verse, según la óptica de cada uno, como liberadores o esclavizantes.

Si bien el proceso de desregulación, desestatización o privatización de empresas y servicios públicos presenta particularidades muy distintas en cada continente y también en cada país, es innegable que constituye una tendencia, cuanto menos ideológica, que fue avanzando en los centros de poder internacionales desde la década del 80 en las postrimerías del siglo XX, para retroceder en el comienzo del siglo XXI, sea por la nueva emergencia mundial, sea por la ideología nuevamente intervencionista de algunos de los países con menor desarrollo económico relativo. El hecho de que seamos varios haciendo lo mismo no otorga, claro está, ninguna satisfacción.

3.4. *Autoridades regulatorias independientes*

En algunos países las experiencias también van avanzando, con la consecuencia de que presentan una empresa privada monopolizando un servicio público por concesión o licencia otorgada del Estado, pero no de un Estado relativamente fuerte como nos imaginamos era el del siglo XIX, sino de un Estado relativamente débil como sabemos es el nuestro de los siglos XX y XXI: El control es entonces malo, ineficiente, o corrupto; o todo al mismo tiempo.

Una primera respuesta son las autoridades regulatorias independientes, con participación de los usuarios; otra, no excluyente, el aumento de órganos judiciales de tutela de los usuarios y consumidores, incluso la creación de tribunales administrativos en el seno de tales autoridades regulatorias, o incluso dentro de la administración pública, pero con los alcances que ya explicamos en diversos lugares: imparciales e independientes en serio, y sujetos a pleno control judicial. Habrá que superar esta etapa similar al industrialismo. Toca a la sociedad implementar mecanismos de control, como están haciendo las ONGs, para no recaer siempre en la ausencia del Estado de Derecho y también del Estado de Bienestar. También la tecnología va eliminando monopolios y la Internet dá un paso en la libertad de acceso a la información y de expresión del pensamiento.

3.5. *La participación*

Los que están en el ejercicio del poder temen a la participación, la perciben como un elemento de desestabilización.[67] En el 2003 pareció darse un impulso

[67] Ver nuestros trabajos "Cauces de participación ciudadana," en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970, pp. 1057-85; reproducido en el libro *La planificación en los entes locales*, t. I, *Estudios Generales*, Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales, 1971, pp. 37 a 63: "Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, pp. 126-132; en *Revista de Direito Público*, XIV, n° 57/58, San Pablo,

a la participación, pero se fue diluyendo hasta llegar al signo contrario, la concentración del poder. En el 2007 se prometió una mejora de la institucionalidad, pero ella tampoco se dió. Por ello los estudiosos que consideran a la participación un mecanismo de estabilización social ven imponerse la hipótesis contraria. Es quizás posible, ya que no nos animaríamos a decir probable en el mediano plazo, que veamos nuevos experimentos con crecientes y cada vez más ricas formas de participación ciudadana en el poder, a distintos niveles.[68] Pero avanzarán siempre algo más, como vienen avanzando a lo largo de toda la historia de la humanidad. Los que fueron temas de discriminación de minorías se irán transformando en temas de participación de mayorías que resultan discriminadas en el ejercicio cotidiano del poder por las minorías gubernativas que ellas mismas han elegido. El gobierno de 2003-2007 se inició con un fuerte discurso de ideología participativa, se dictaron incluso algunas normas importantes, y se avanzó con la nueva constitución de la CSJN, pero luego poco a poco fue disminuyendo su apertura hacia la opinión pública, los medios, la participación social.

La lúcida frase de Jean Rivero, que hoy en día la democracia no es ya sólo una forma de acceder al poder, sino también una forma de ejercer el poder, cobrará creciente sentido en el futuro.

3.6. *Seguridad exterior e interior*

Salvo el inevitable y progresivo aumento de jueces, policías y cárceles, el problema de las fuerzas de seguridad nacionales ha comenzado a cambiar en el mundo. Por de pronto cada país, analizando sus recursos y la posibilidad de conflictos bélicos, no escoge hoy el camino del armamentismo y el desarrollo de sus fuerzas armadas, sino el sendero inverso y se limita a la intervención inter-

1981, pp. 29-38; "La participación administrativa," en *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, España, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, pp. 199 a 211; en *Revista de Direito Público*, n° 74, San Pablo, 1985, pp. 15 a 25.

[68] Ver Gelli, *Constitución de la Nación Argentina*, 4° ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, nota al art. 14 *bis*, "Los derechos sociales en las emergencias," pp. 226-9 y sus referencias; "Nuevos derechos y garantías," pp. 503-604, comentarios a los arts. 36-42; D'Argenio, *La justicia administrativa en Argentina*, *op. cit.*, cap. V, § 94, "La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa," p. 154; Daniele, Mabel, "Acción declarativa de inconstitucionalidad en el ordenamiento de la Ciudad de Buenos Aires", AA,VV., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 787-844; Caplan, Ariel,"La participación de los usuarios en materia de servicios públicos," en Miljiker, *op. cit.*, pp. 171-5; Scheibler, Guillermo, "El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires," en Ahe, *op. cit.,* pp. 269-81; "Presupuesto Participativo: una redefinición de la relación administración — sociedad civil", *LL* 2004-C, 1058; "Buenos Aires, ciudad de Comunas", *LL,* 2006-F, 1035; "Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño," en Daniele, Mabel (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008, p. 237 y ss., publicado también con modificaciones bajo el título "Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño," *LLCiudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto de 2008 1-1: 38; Alanis, "El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia," en Ahe, *op. cit.*, pp. 69-82; Aletti, Daniela y Toia, Leonardo Marco, "Audiencias públicas: Sólo para entendidos", *LL, SJDA*, 17-V-2007, p. 1 y ss.

nacional en los conflictos regionales. Pareciera que se busca no sólo el mínimo Estado posible, sino también el mínimo contingente posible de fuerzas armadas, exceptuadas siempre las policiales *lato sensu*. Es difícil adivinar si la sociedad global futura querrá siempre resolver los conflictos armados regionales. Por lo que se va viendo a nivel internacional, la respuesta no es afirmativa.

Dentro de esta tendencia a la reducción y modificación de las fuerzas armadas está la sustitución del servicio militar obligatorio por el voluntario, lo que tiene un elemento de democratización del poder: No es lo mismo mandar reclutas que colegas.[69] También será de creciente importancia la participación de la mujer en las fuerzas armadas, que hace mejores a estas últimas y en las fuerzas policiales, donde su influjo benéfico puede ser aún mayor.

3.7. *La administración y la sociedad futuras*

Como el Estado tiene menos y debe más, hace cada vez menos. Entran en ello los contratos de obras públicas, de suministros, la relación de función pública, etc.

Aparecen en su lugar con mayor frecuencia los contratos de crédito externo, los empréstitos públicos, las concesiones, autorizaciones y permisos. También el voluntariado y distintas formas de actividad pública no estatal, fundaciones, asociaciones civiles sin fines de lucro, et. Pero imprevistamente reaparecen en el siglo XXI los subsidios y controles internos de todo tipo, antes consignados al desván de los recuerdos.

Las administraciones nacionales se encuentran hoy, en materia de finanzas públicas, como hace un siglo, como hace dos: endeudamiento sistemático. Alguna vez en la historia europea se habló de la deuda pública perpetua, éste parece otro momento propicio para hacerlo en el resto del mundo. Por lo menos así parece preverlo el FMI que pide aumento de su capital.

La administración de numerosos servicios sociales que van desde la educación y la salud, pasan por la previsión social y avanzaron sobre la cultura, ve sus recursos progresivamente limitados. Por una parte es el reclamo social de racionalidad en el empleo de tales recursos (reclamo no generalizado: Hay sectores que bregan por un simple aumento del gasto social pero no piden su empleo eficiente), como así también la creciente indignación ante la corrupción; por otra un retorno a concepciones menos generosas de la sociedad hacia sus seres más débiles.[70] El Estado y las administraciones del mundo que viene no se presentan más protectores o providenciales; al contrario, aumentan los reclamos por mayor

[69] Explicamos la génesis del cambio en "La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?" en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com , Serie de Estudios, p. 98, texto en la nota 95 con margen destacado. Hay quienes proponen el retorno al servicio militar obligatorio para paliar el desempleo juvenil, pero así crearían las condiciones para nuevos gobiernos militares.

[70] IVANEGA, "Derechos Fundamentales y Presupuesto Publico...," *op. loc. cit.*

seguridad al aparato preventivo y represivo, a nivel policial y penal. Seguramente no dure todo un siglo, pero ocupará alguna parte de él.

3.7.1. Otro problema de este soltar el espíritu hacia la imaginación del futuro es que no tenemos siquiera el consuelo de que dentro de cien años alguien nos leerá para verificar nuestro error o apoyar nuestra conjetura. Porque uno de los primeros hechos que se ve es el vertiginoso y progresivo aumento de la cantidad de información disponible, lo cual hará cada vez más necesario seleccionar alguna información y desechar otra. Muchos libros del pasado nos llegan al presente. Pocos del presente llegarán al futuro.

Y si es cierto lo que dice el cartel de la biblioteca de la *London School of Economics*, que una biblioteca vale no por los libros que tiene, sino por los que no tiene, podemos estar virtualmente seguros que estas páginas no estarán en biblioteca alguna dentro de un siglo, o si están no las leerá nadie. Hagamos excepción de algún futuro estudioso de la historia, para no dar por concluida aquí y ahora la escritura.

Lo mismo se aplica si el libro como instrumento de difusión de información desaparece en aras a la Internet o lo que fuere. Una versión optimista es que todo esté archivado en infinitos bancos de datos de Internet y que los medios de recuperación se perfeccionen como para permitir buscar cualquier cosa de cualquier época, con un poco de diligencia y habilidad. La eficaz recuperación de la información almacenada se tornará cada vez más crítica. Ya es difícil en un país cualquiera saber qué norma está vigente en determinado momento, qué precedentes hay de ella: Cuánto más lo será saber eso mismo a nivel mundial. Tendremos en esta hipótesis sí cada vez mayor cantidad de información cargada en distintas bases de datos, pero esto no se traducirá en mayor calidad de información disponible *en tiempo útil*, que ya no se mide en días ni horas sino en nanosegundos.

3.7.2. Se dejaba cada vez más de intentar administrar y dirigir la economía, salvo en épocas de emergencia y en algunos puntuales supuestos de retrocesos graves en la política económica. En esta tendencia mundial se insertan fenómenos de distinto avance en cada continente, pero con signos semejantes: libre circulación de personas, bienes y capitales, reducción o eliminación de barreras arancelarias y con ello de controles aduaneros y migratorios. De igual modo encontramos —excepto en el 2007/9— reducción de los subsidios nacionales y la actividad de fomento y tendencia a la centralización supranacional de tales subvenciones estatales en la búsqueda de la racionalidad del gasto, que a nivel nacional parece más difícil conseguir, como lo estamos viendo en nuestro país a comienzos del siglo XXI. La planificación de la economía quedó también en el desván de los recuerdos y no regresó, quedando en su lugar la improvisación y el intento y error sin una previa conjetura razonable. Los sectores públicos de la

economía que aun subsisten no le irán muy a la zaga, pues en la primera década del siglo XXI parece querer intentarse un retroceso a la intervención directa del Estado en la economía, a través de no solamente de la regulación sino también de empresas propias, nuevamente estatizadas de un modo u otro.

3.7.3. A pesar de que el Estado es cada vez más chico, hace cada vez menos cosas y debe cada vez más, aumenta la presión tributaria[71] y se reduce entonces el *standard* de vida, aumenta el *stress* de la lucha por la vida, por evitar la obsolescencia personal,[72] el desempleo estructural, la amenaza de pérdida personal de viabilidad económica y cultural a menos que cda uno se dedique a un proceso de reeducación constante, o forme parte del poder oligárquico. En nuestro país se pretende en el siglo XXI llamar oligarcas a los que hace ya generaciones que no forman parte del círculo del poder y a los que nunca estuvieron en el poder pero no son sus propios amigos.[73] Es que las fuentes de información y opinión de la intelectualidad que apoyó al actual proceso político es increíblemente antigua. La conocida Carta Abierta, en este aspecto, tiene como fuente específicamente un libro de 1903, *La cuestión agraria*, escrito por CARLOS KAUTSKY.[74] Con esa ligereza no hay país que progrese, ni cambio social que se produzca.

Aquel *stress* forma al mismo tiempo parte de una cultura de la supervivencia, por lo tanto de la vida, pero también es ocasionalmente una causa de muerte (enfermedad, suicidio) o de discriminación en el mercado de trabajo fundada en su aptitud; discriminación ésta que norma alguna condena salvo las acciones positivas que a veces los Estados adoptan para mejorar las chances laborales de los menos capacitados.

3.7.4. En el medio de todo, los parasistemas pueden llegar a crecer. Suele ser una verdad elemental que cuanto mayor o menor es el grado de desarrollo de un país, más o menos cerca están el derecho teóricamente aplicable y la realidad de su efectiva vigencia. A menor desarrollo, mayor distancia entre lo que el derecho

[71] En nuestro país, en frecuente violación al principio constitucional de legalidad tributaria, que los tribunales aplican pero la realidad se empeña en contradecir. Para la explicación del sistema constitucional ver GELLI, *op. cit.*, t. I, comentario al art. 4°, pp. 44-52.

[72] Los abogados son conscientes de ello, y por eso es que la actividad de postgrado en la Facultad de Derecho de la UBA ha crecido significativamente: http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/boletines_electronicos_n26.php

[73] Ese jugar con palabras clásicas hace recordar lo que explicara KARL POPPER sobre la terminología platónica acerca de las formas puras e impuras de gobierno: "Pero la democracia se transforma en su forma ilegítima y luego, a través de la oligarquía —el gobierno ilegal de unos pocos— en el gobierno ilegal de una sóla persona, esto es, la tiranía, que como dice Platón en la República, es el peor de todos;" AA.VV., *Popper, Vida, pensamiento y obra*, Madrid, Planeta DeAgostini, 2007, p. 220, cap. 4 de *La sociedad abierta y sus enemigos*, con numerosas ediciones en todo el mundo.

[74] Resulta este dato de la imperdible entrevista otorgada por uno de los intelectuales que forma parte de Carta Abierta, el doctor en filosofía y profesor de Historia de las Ideas RICARDO FORSTER, da a JORGE FONTEVECCHIA, en *Perfil*, 1-III-09, pp. 36-41, esp. p. 37, 5ª col. Interesan tanto las preguntas de FONTEVECCHIA como las respuestas de FORSTER.

predica y lo que la realidad muestra.[75] Es necesario en esto hacer lo mismo que en otras materias: Tratar de crear mecanismos y tribunales internacionales que juzguen de la corrupción nacional, aunque sea con medidas menores como la inhabilitación para el visado internacional. No hace falta pensar en medidas excepcionales de intervención, simplemente hay que dar algún paso, siquiera mínimo. No todas las naciones, aisladas, pueden luchar eficazmente contra su corrupción interna y en algunos casos exportan corrupción a otras que todavía están peor que ellas.

3.7.5. La creciente toma de conciencia de la limitación de los recursos naturales no renovables hace aparecer normas nuevas y administraciones nuevas, para su tutela y protección. El problema es que son los países desarrollados, que ya habían depredado su medio ambiente antes de ahora, los que más tienen conciencia del problema y han comenzado a revertir exitosamente la tendencia destructiva. Los países no desarrollados, en cambio, tienen un secreto deseo de depredar su propio ambiente, para ver si esa es la clave del desarrollo. Una vez más, la internacionalización del problema es la única forma de encarar la cuestión. Está ocurriendo con los recursos comunes de la humanidad, como los fondos marinos y la pesca en altamar. Ha reaparecido la piratería internacional, particularmente frente a las costas de Somalía, y el fiscal de la Corte Penal Internacional considera que aquellos que tienen orden de captura de la CPI pueden ser desviados en vuelo internacional por cualquier país y ser llevados ante la justicia internacional.

3.7.6. El siglo XX vivió la cultura del automóvil, pero cualquier ciudad medianamente densa muestra que no entran en la ciudad infinitos coches. La reducción del precio de los vehículos no hace sino incrementar el problema; las carreteras nuevas nunca alcanzan. La regulación del tránsito parece una quimera, aunque en el 2008 se advierten algunos signos de reversión, al menos en la Ciudad de Buenos Aires. Es sólo cuestión de tiempo que la sociedad opte entre implementar gigantescos medios masivos de transporte y virtualmente eliminar al coche privado como medio sistemático de movilidad,[76] o que cambien los métodos de trabajo, o una combinación de ambos. La suma de sistemas alternativos de trabajo y transporte parece lo más probable de acaecer. Al amparo de las nuevas tecnologías y con un cambio de actitud cultural y jurídica[77] derivada de la incontrolable concentración y tráfico urbanos, cada vez más crecerá el caso de personas que trabajen desde su casa, obtengan la información de Internet y otras bases de datos, además de la que indispensablemente tengan almacenada

[75] Ver Iosue, Sandra M., "Deuda pública perpetua interna, la actual emergencia y las leyes 25.344 y 25.565 ¿Existen acreedores más «acorralados»?," en Ahe, *op. cit.*, pp. 29-48.

[76] La Ciudad de Buenos Aires ha comenzado en 2008 a restringir el uso del automóvil privado limitándoles el número de carriles utilizables, en beneficio de ómnibus y taxis, como en otras ciudades de países desarrollados.

[77] Ver Martino, Antonio A., "El gobierno digital para la emergencia," en Ahe, *op. cit.*, pp. 49-67.

en su computadora y CD-ROMs o *pen-drives* personales y manden sus trabajos por fax, modem, correo electrónico, video conferencia o lo que siga en el cambio tecnológico; reciban el pago acreditado en su cuenta y lo gasten con compras y gastos hechos con tarjeta de crédito, por Internet, teléfono, televisión.

3.7.7. Tal vez esto reduzca el número de interacciones sociales y a la inversa aumente los contactos familiares. Posiblemente contribuya a mejorar el nivel de vida al disminuir parte del *stress* laboral y con ello tal vez aumente las expectativas de vida. Pero se tratará de una vida de más trabajo, no menos, con lo cual el principio de Confucio será central: "Elige un trabajo que ames y no trabajarás un sólo día en tu vida." Esto lo están experimentando las administraciones privadas, pero la pública también lo está haciendo desde hace tiempo. El Consejo de Estado de Francia es la más vieja institución pública seria que practica este método de trabajo. Las promesas de hace algunas décadas de que nuestro problema en la edad madura sería cómo administrar el ocio, se ven ahora enfrentadas con el dilema de cómo seguir siendo competitivo en un mundo en el cual uno es siempre obsolescente y se ve permanentemente amenazado con devenir obsoleto del todo. No queda lugar para el ocio, a ninguna edad, cuando la seguridad social disminuye. Ahora hay que luchar contra la continua declinación y obsolescencia personal, no ya en el solo plano de la salud física y mental, no ya solamente en saber buen inglés[78] y mantener habilidades básicas en computación e informática,[79] sino globalmente en la capacidad de supervivencia como miembro útil de una sociedad siempre cambiante, cuyos individuos deben también vivir en la reeducación, actualización de destrezas y habilidades laborales y readaptación constantes, con habilitaciones profesionales que ya no serán permanentes, sino transitorias, sujetas a nueva evaluación y rehabilitación periódicas. Muchos ni siquiera se presentarán.

3.7.8. En suma, en el largo plazo seguirá produciéndose la fractura y transferencia de poder político y normativo del Estado a las regiones; se incrementarán los órganos y las normas supranacionales, se multiplicarán los organismos de control del poder político y del poder económico; aumentarán los jueces, la policía y las cárceles. Continuará la privatización de la economía, la desregulación, la desmonopolización. Crecerá la libre competencia. Por supuesto, hay siempre burbujas económicas, sociales o políticas que algunos creen ser realidad y no imaginación o ficción. Allí los problemas se agravan en cada oportunidad que la burbuja explota.[80]

[78] Así, la CABA introduce el estudio obligatorio del idioma inglés desde la escuela primaria.

[79] La Provincia de San Luis ya tiene instalado el wi-fi en todo el territorio de la Provincia. Es algo que deberían imitar las demas provincias.

[80] Diana, Nicolás, "La teoría de la burbuja," *Res Publica Argentina, RPA*, 2009-1, en prensa; del mismo autor, "Apuntes sobre la idea del conflicto permanente," *RPA*, 2008-1, 55-62. El rol de la ficción en la construcción de una cultura jurídica es explicado también por Drossos, Yiannis Z, "Una conferencia en Harvard y una cena en Buenos Aires o: La realidad de la imaginación en la

Continuará el progreso de la libertad de circulación de bienes y personas pero se utilizará tal vez algo menos la movilidad de las personas para el trabajo diario; los agentes de las oficinas públicas también atenderán desde el teléfono, correo electrónico, fax y modem de su casa y los particulares harán los trámites de igual modo, tanto administrativos como judiciales. Tendremos mejores condiciones tecnológicas de comunicación y de trabajo, más derecho efectivo a la información, pero menos seguridad social y menos Estado de Bienestar, poca o ninguna seguridad laboral, menos seguridad de la vida y de los bienes.

Nuestro ocio serán el trabajo y la reeducación permanente. Aumentará el *stress* por subsistir competitivamente ante la propia obsolescencia, pero a cambio lo podremos administrar mejor desde nuestras propias casas. Si lo logramos y logramos sacar constantemente el mayor uso posible de la siempre cambiante tecnología, nuestra productividad irá siempre en aumento y podremos entonces disfrutar plenamente de nuestro trabajo, según el sabio consejo de Confucio: "Elige una profesión que ames y no trabajarás un sólo día en tu vida."

3.7.8. Mientras tanto, transitamos por una notoria concentración del poder y restricción de las libertades y los derechos individuales, como ya explicamos más arriba, lo que nos coloca mucho más atrás en el sentido de la posible evolución. Será necesario previamente desandar mucho camino hasta ahora mal transitado, pero abrigamos la esperanza que el año 2009 marque una creciente tendencia de mejoramiento institucional, luego de un punto de inflexión tentativo en el año 2008.[81] Los particulares, los colegios de abogados, las múltiples ONGs dedicadas a la cosa pública, los abogados actuando individualmente como agentes de la democracia y control del poder público, pueden contribuir mucho a este proceso, como se puede apreciar en los ejemplos de pronunciamientos judiciales que desgranamos a lo largo de la presente obra y que fueran iniciados por particulares y diversas ONGs. Todo ello, en el contexto mundial que ya explicamos en el prefacio y retomamos en el cap. V,[82] entre otros lugares.

doctrina legal y la cultura nacional de Grecia del siglo diecinueve," en *Res Publica Argentina, RPA,* 2008-1, pp. 7-30. O sea, la ficción en sí no es buena ni mala, depende de qué ficción sea y a qué sirve; por supuesto, es necesario tener conciencia de la existencia de la ficción como tal, para no caer en el error de verdaderamente creerla. Nuestras experiencias locales son que los gobernantes se creen las ficciones, y por eso las burbujas terminan siempre de la peor manera posible.

[81] Lo analizamos en"Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina," en el libro de homenaje a Alfonso Nava Negrete, México, en prensa, 2009. También en "La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional," Universidad Austral, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009.

[82] Ver esp. § 5, "No es solamente derecho interno. El derecho administrativo internacional y el derecho administrativo global o mundial," pp. V-10/16, y sus referencias, con más las referencias adicionales del prefacio a esta décima edición.

Capítulo IX

¿UNO O DOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS?

Por Héctor A. Mairal

Sumario

I. *Introducción* 121

II. *El caso* CADIPSA 124

III. *El caso* Hidroeléctrica Piedra del Aguila 126

IV. *El caso* Robles 128

V. *Conclusiones* 129

Capítulo IX

¿UNO O DOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS?[1]

Por Héctor A. Mairal

I. Introducción

El presente artículo plantea una inquietud que despierta cierta jurisprudencia de derecho administrativo en cuanto pondría de relieve, en ocasiones, una disparidad en el tratamiento de los actos administrativos que el Estado impugna frente al dispensado a aquellos que cuestionan los particulares.

De allí la pregunta: ¿Existe un solo derecho administrativo o hay dos derechos, según sea quien impugna el acto: Un particular o la misma administración?

Ya hemos observado en otros trabajos las diferencias de criterio en la aplicación del Decreto-ley 19.549/72[2] según lo invoque a su favor un particular o el Estado. Así, cuando un particular procura escapar de la caducidad que impone el artículo 25 del RLPA con el argumento de que se impugna un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, la contestación jurisprudencial es categórica: Dicho artículo no distingue entre actos nulos y anulables por lo cual no está facultado el tribunal para distinguir y debe aplicar estrictamente el plazo cualquiera sea el vicio alegado.[3]

No obstó a dicha jurisprudencia la regla del mismo RLPA según la cual el acto administrativo afectado de nulidad absoluta "debe ser revocado... aun en sede administrativa." El particular no podría entonces exigir el cumplimiento de esta obligación de la administración a partir de los 15 días hábiles administrativos de su notificación, si no interpuso recurso jerárquico contra el acto administrativo, o

[1] Publicado originalmente en *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 aniversario, 2010, pp. 1-8.

[2] En lo sucesivo "Régimen Legal de Procedimientos Administrativos" o "RLPA."

[3] CNFed. C.A., Sala III, *Giménez Vega c. Comité Federal de Radiodifusión*, *ED*, 97-283. Hemos criticado este fallo (H. A. Mairal, *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, p. 392.) Cfr. García Pullés, *Tratado de lo Contencioso-Administrativo*, t. 1, p. 52.

después de los 90 días hábiles judiciales de la notificación del rechazo expreso de dicho recurso si no inició la acción judicial en ese plazo. Pero la administración conserva intacto su poder de impugnación por los siglos de los siglos, ya que la acción del Estado para cuestionar judicialmente el acto administrativo viciado de nulidad absoluta es imprescriptible de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema.[4]

Sin embargo, ocurre que el artículo 7 del RLPA exige, como requisito esencial del acto administrativo, que antes de su emisión deban cumplirse "los procedimientos esenciales y sustanciales previstos," para agregar, a renglón seguido, que se considera "esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos." Y dispone el inciso b) de su artículo 14 que el acto administrativo es "nulo, de nulidad absoluta e insanable," entre otros casos, cuando se hubieren violado la ley o "las formas esenciales," quedando la mera anulabilidad limitada a aquellos casos en los que se haya incurrido en una irregularidad "que no llegare a impedir la existencia de algunos de sus elementos esenciales." (Art. 15.)

No obstante la claridad de estas disposiciones, la Corte Suprema, en el caso *Duperial*,[5] consideró que el vicio de la falta de dictamen queda subsanado al emitirse el dictamen jurídico correspondiente en el trámite del recurso administrativo en el cual el particular impugna el acto original. No observó el Alto Tribunal que de esa manera borraba el requisito legal, ya que, en la práctica, en ningún caso podrá el particular plantear con éxito la nulidad del acto administrativo dictado sin el dictamen jurídico previo ya que, si lo impugna en término, podrá subsanarse el vicio al tramitar el recurso administrativo, y si no lo impugna el acto quedará firme por vencimiento del plazo para recurrir.

Análogamente, la Corte Suprema ha convalidado actos administrativos carentes de la motivación que requiere el art. 7, inc. (e) del RLPA, admitiendo que el requisito se cumpla después de dictado el acto (en la especie, al tramitarse el recurso de amparo con el que el particular impugnó el acto),[6] posición ésta que la doctrina critica pero que la práctica tolera.[7] Más grave aún, se han convalidado sanciones administrativas aplicadas pese a la omisión del sumario previo.[8]

[4] *S.A. Empresa Constructora F.H. Schmidt c. Provincia de Mendoza*, *Fallos* 179: 249; regla recientemente reiterada en *Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.*, *Fallos* 324: 4199.

[5] CSJN, *S.A. Duperial I.C. c. Nación Argentina*, *Fallos* 301: 953. Ver, sin embargo, la correcta doctrina sentada por la Sala II de la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal en el caso *American Airlines c. Secretaría de Comercio e Inversiones*, ED Administrativo 2000/01, p. 125.

[6] *Molinas, Ricardo c. Nación Argentina*, *Fallos* 314: 1091.

[7] A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, 9ª ed., p. X-21; Mairal, *op. cit.*, t. 2, p. 657; J.R. Comadira y L. Monti, *Ley de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, p. 202, nota 723.

[8] CSJN, *Universidad Bartolomé Mitre*, *Fallos*, 273: 134 (con disidencias); Cárn. Nac. Ap. Com. Adm. Fed., Sala IV, *Oncerur S.A.*, *ED* 122-253 y *Finatlantic S.A.*, *LL*, 1993-B, 431; Sala III, *Hisi*

La "tesis de la subsanación" como la definiera LINARES en 1971[9] analizando distintos períodos de la jurisprudencia de la Corte, bien que criticada por la doctrina,[10] ha sido reiterada (aunque no uniformemente) aplicada por la Corte Suprema,[11] por la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo y por la Procuración del Tesoro.[12]

La teoría de la subsanación premia doblemente la inconducta de la administración. En primer lugar, la administración puede dictaminar o motivar luego de conocer los argumentos del particular para cuestionar el acto. Y, además, mantiene incólume la posibilidad de revocar el acto por falta de un requisito esencial (el dictamen jurídico, la motivación o el sumario) ya que dependerá de su sola voluntad remediar o no el defecto.

De todo esto resulta que la jurisprudencia aplica estrictamente las normas del RLPA en contra del particular, pero flexibiliza esas normas cuando él es quien las invoca a su favor en contra del Estado.

La misma disparidad de criterios a que hacemos referencia se evidencia también en otra jurisprudencia que también trata al particular con un rigor que no es común ver que se aplique al Estado. Por eso nos interrogamos si existen uno o dos derechos administrativos.

En lo que sigue comentaremos, pues, algunas decisiones de la Corte Suprema en casos difíciles (en todos hubo disidencias) en las cuales cabe plantear la duda de si la solución hubiera sido idéntica en caso de haber defendido el Estado la validez de su actuación original por haber sido ésta, en la hipótesis contra-fáctica, la menos favorable al particular.[13]

Gustavo, *LL*, 1994-D, 461, con nota de H. M. HUICI, "Subsanación en sede' judicial de vicios del acto administrativo."

[9] J. F. LINARES, "La garantía de defensa ante la Administración," *LL*, 142-1137.

[10] COMADIRA y MONTI, *op. cit.*, p. 317.

[11] CSJN, *Soñes*, *Fallos*, 310: 272. Ver, sin embargo, el caso *Adidas Argentina y otros c. Ministerio de Economía*, *Fallos*, 325: 1013, y el comentario de F. O. CANDA, "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación" en ED Administrativo 2001/02, p. 233.

[12] Ver fallos sin publicar y dictámenes citados por COMADIRA y MONTI, *op. cit.*, pp. 319-20.

[13] Bien que paradigmáticos, no son éstos los únicos casos. DIANA y BONINA comentan un caso en que la Corte Suprema dejó de lado su jurisprudencia sobre las formas esenciales de los contratos administrativos cuando quien invocaba a su favor el contrato aquejado de informalidad era un ente estatal (ver. N. DIANA y N. BONINA, "Contrapunto. Sobre la forma en los contratos administrativos;" *LL*, 2007-A, 780, comentando el fallo de la CSJN en *Gas del Estado S.E. (en liq.) c. Transportadora de Gas del Sur S.A.*, *Fallos* 326: 2457.) Para un caso en que se llegó a la solución opuesta a la de dicho caso, pero en beneficio del Estado, ver CSJN, *Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Ferrocarriles Argentinos*, *Fallos*, 315: 214.

II. El caso CADIPSA[14]

En una licitación de áreas petroleras, ante una duda expresada por los interesados, el Subsecretario de Combustibles dicta una resolución disponiendo que la regalía a abonar por los adjudicatarios será del 8%, en lugar del 12% establecido como regla por la Ley de Hidrocarburos. Al así hacerlo incurre en una confusión entre diversos pagos que debían efectuar los adquirentes. Sin embargo, la misma Ley de Hidrocarburos autoriza al Poder Ejecutivo a reducir la regalía hasta el 5%. El Poder Ejecutivo al aprobar la adjudicación aprueba también todos los actos del trámite con lo que se consideran incorporados a las nuevas concesiones petrolíferas no sólo los términos de los pliegos de la licitación, sino también los de las aclaraciones formuladas por la autoridad durante el procedimiento de selección del contratista.

Sin embargo, después de adjudicada la licitación y pagados los montos ofrecidos por los ganadores (que, es de suponer, tuvieron en cuenta la regalía reducida para valuar los yacimientos ofrecidos), un nuevo Subsecretario de Combustibles Energía "aclara" la resolución de su predecesor y dispone que la regalía siempre debió ser del 12%. Cuestionado este acto "aclaratorio" por uno de los adjudicatarios, la Corte Suprema rechaza la acción con costas. Entre sus considerandos sostiene que los oferentes, como empresas petroleras y, por ende, especialistas en la materia, no podían desconocer la legislación vigente. En cuanto a la ratificación por el Poder Ejecutivo no la considera efectiva porque no se siguió el procedimiento correcto para la reducción de la regalía, el que requería el pedido del particular, la propuesta favorable de la autoridad de aplicación y la decisión del Poder Ejecutivo. En su solitario voto en disidencia, Boggiano hace hincapié en la presunción de legitimidad y estabilidad de las que, como acto administrativo, gozaba la primera resolución, y también reconoce efectos a la ratificación del Poder Ejecutivo.

Pocos casos de sorpresa de los particulares por las marchas y contramarchas del Estado debe haber en nuestro derecho comparables con el caso *CADIPSA*. ¿Acaso el requisito de diligencia que, según los precedentes de la Corte Suprema deben observar los particulares que participan en las licitaciones públicas[15] se aplica sólo en contra de los oferentes pero no en contra del Estado? ¿Qué decir de la confianza legítima de los oferentes ante una medida clara y contundente de, nada menos, la autoridad de aplicación de la legislación petrolera?[16]

[14] *CADIPSA S.A. c. Estado Nacional y otros*, *Fallos*, 323: 1146. Comenta favorablemente el fallo J. R. Comadira en su capítulo "Algunas consecuencias de la aplicaci6n del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa," en *La Contratación Pública* (dir. J. C. Cassagne y E. Rivero Ysern), p. 655.

[15] CSJN, *Juan Carlos Radeljak c. Administración General de Puertos*, *Fallos*, 311: 2831.

[16] Coviello ha profundizado el tema de la confianza legítima con importante acopio de jurisprudencia europea. (P. J. J. Coviello, *La Protección de la Confianza del Administrado*, passim.)

Y, por otra parte, ¿fue sancionado el anterior Subsecretario de Combustibles por haber dictado un acto violatorio de la ley? La presunción de conocimiento de la legislación petrolera, ¿no se aplica en primer lugar a su autoridad de aplicación? El enriquecimiento sin causa que obtuvo el Estado al permitir que se formulen ofertas sobre la base de menores pagos de regalías (lo que aumentaba el valor de las concesiones) ¿no merecía una mención siquiera en el fallo de la Corte? El Estado se equivoca groseramente en detrimento de los particulares ¿y los únicos que sufren son éstos? Observamos, como consuelo para ellos, que el Procurador General mencionó la posible responsabilidad del Estado por los perjuicios causados, aspecto que la Corte Suprema pasa por alto. Sin embargo, ¿quién se anima a recomendar una acción de daños y perjuicios contra el Estado nacional ante tal situación, para aguardar 15 años y arriesgar otra gravosa condena en costas?

Pongámonos, por un momento, en la posición de los asesores jurídicos de los oferentes. ¿Quién de ellos se hubiere atrevido a sostener la invalidez de la primera resolución del Subsecretario de Combustibles luego de su ratificación por el Poder Ejecutivo que aprobó "todos los procedimientos administrativos realizados"? Cierto es que el decreto aprobatorio del Poder Ejecutivo dispuso que las regalías a abonar por el concesionario serían calculadas "de conformidad a lo previsto por los artículos 59, 61 y 62 de la Ley 17.319 (de Hidrocarburos)," pero uno de dichos artículos prevé la posibilidad de reducción de la regalía, por lo cual la lectura que la Corte hace de ese decreto como reafirmando la exigencia original del 12% no es la única posible. Más aún, un proceder correcto que no buscara sorprender a los oferentes debería haber puesto de relieve esa exigencia clara y expresamente, pero en ese caso el Estado hubiera corrido el riesgo de que se echen atrás varios adjudicatarios. ¿Es ésta, acaso, una conducta acorde con el principio de buena fe que reiteradamente se ha decidido que es también aplicable a la administración?[17] ¿Es compatible dicha conducta con el *standard* que ha sostenido la Procuración del Tesoro para el Estado al decir que "el Estado nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico, sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan"?[18]

Cierto es, también, que no pareció haberse seguido el procedimiento previsto por la norma para fijar la reducción. Y, más substancialmente, que la reducción se basó en un error del funcionario, bien que este error era explicable dadas las circunstancias del caso y no recayó sobre el acto en sí (dado que se dictó el acto que se deseaba dictar) sino en los presupuestos de hecho en los que el funcionario se habría basado, con lo cual el acto devenía meramente anulable.[19]

[17] H. A. Mairal, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, pp. 53- 54; Coviello, *op. cit.*, pp. 404-07.

[18] Dictamen del 17-IV-1986, acuerdo 3098/85, Dirección de Parques Nacionales.

[19] Gordillo, *op. cit.*, t. 3, p. IX-54.

Pero un Tribunal que considera que la falta de un procedimiento declarado esencial por el RLPA es subsanable,[20] y que admite ratificaciones en caso de incompetencia por razón de grado sin entrar a considerar si la facultad era delegable,[21] y aún las ratificaciones implícitas,[22] no puede considerar como un vicio grave la falta de solicitud del beneficio por el particular o el hecho de que la autoridad de aplicación no efectuó una propuesta al Poder Ejecutivo, sino que resolvió por sí misma, resolución luego ratificada por el Poder Ejecutivo. Por ello, bien podría la Corte haber tenido una interpretación más benévola de la posición de los intereses privados. Como mínimo, anular la primera resolución del Subsecretario de Combustibles, con efecto a partir de la fecha de la sentencia, y eximir de costas al particular.

Ahora bien, hemos hablado de disparidad de trato y por ello planteamos la siguiente hipótesis: ¿Cuál hubiere sido la decisión de la Corte Suprema si, ante la ausencia del acto "aclaratorio," la provincia beneficiaria de las regalías hubiera demandado por daños y perjuicios al Estado nacional alegando la reducción ilegítima de las regalías? Hacer argumentaciones contra-fácticas es siempre aventurado, pero ¿no tenemos la sensación de que, muy probablemente, el Tribunal hubiera decidido en contra de la provincia actora basándose en que —como seguramente lo habría invocado el Estado nacional— la ratificación por el Poder Ejecutivo nacional había purgado el vicio original del acto?

III. El caso Hidroeléctrica Piedra del Aguila[23]

Una empresa generadora de electricidad recibe una misiva firmada por el Presidente del Ente Provincial Regulador que establece una metodología para el pago de las regalías debidas a la provincia. La misma fija plazos superiores (o sea, más favorables a la empresa privada) a los establecidos por la legislación nacional aplicable. Sin embargo, la provincia es la beneficiaria de los pagos y, de acuerdo con la legislación provincial entonces vigente, dicho Ente Regulador tiene a su cargo la percepción y administración de las regalías que corresponden a la provincia. Durante cuatro años la empresa paga las regalías en los plazos concedidos por la metodología informada, sin que la provincia oponga reparos. Recién a los cuatro años la provincia comienza a cuestionar los pagos por tardíos y, posteriormente, el Poder Ejecutivo provincial dicta un decreto disponiendo el pago de los intereses debidos por la alegada demora en los pagos durante todo ese período. La Provincia demanda entonces a la concesionaria el pago de los

[20] Caso *Duperial*, *supra*, n. 4.

[21] CSJN, *Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación c. Ministerio de Defensa y Dirección Nacional de Policía Aeronáutica*, *Fallos*, 326: 3882.

[22] CSJN, *Brunicardi Adriano Caredio c. Estado nacional (B.C.R.A.)*, *Fallos*, 319: 2886, Considerando 9º en p. 2916.

[23] CSJN, *Provincia del Neuquén c. Hidroeléctrica Piedra del Aguila S.A.*, *Fallos*, 330: 3609.

intereses devengados por no haber esta última respetado los plazos originalmente establecidos y el Alto Tribunal nacional acoge la demanda, con costas. Nuevamente hace hincapié la Corte en el conocimiento que se supone que tiene la empresa generadora de la normativa aplicable y, nuevamente, se silencia que idéntico —o aún mayor— conocimiento debiera esperarse del Presidente del Ente Regulador. Ni siquiera se contempla la inexistencia de la mora culpable como exculpatoria de los intereses. Tampoco merecen mayor consideración los cuatro años de silencio de la provincia al recibir los pagos ni se menciona la presunción de legitimidad del acto administrativo del Presidente del Ente Regulador. Esta vez son tres los votos en disidencia que plantean estos últimos argumentos como decisorios. La mayoría de la Corte, por el contrario, pone en duda la remisión de la "metodología" y pareciera presumir el vicio de dicho acto inicial al plantear "… las dudas que pudiera generar desde otros puntos de vista —tales como el de la competencia de quien lo habría emitido o el de la regularidad del procedimiento necesario para su dictado…"

Sorprende la distinta lectura de los hechos por la mayoría y la minoría. La primera pone en tela de juicio la remisión de la nota del Presidente del Ente así como la existencia y legitimidad de las páginas que describen la metodología de pago. La segunda, por el contrario, advierte que la nota de marras no fue notificada solamente a la actora sino también a otras empresas, con lo cual su existencia aparecería incontrovertible.[24] En realidad, ante la alegación de un acto administrativo por el particular y la presentación de una copia escrita del mismo, no puede la administración limitarse a negar la existencia del acto (cosa que la provincia no hizo sino que se limitó a sostener que no se trataba de un acto definitivo, lo que contradecía el texto de la nota) ni, menos aún, el tribunal ponerla en duda sin, por lo menos, agotar las instancias para demostrar su existencia: ¿No existía un registro correlativo de las notas del Presidente del Ente? ¿Se interrogó a dicho funcionario para corroborar si realmente envió la nota?

Se dirá que son pruebas que debe aportar la actora. Sin embargo, la teoría de la carga dinámica de la prueba la coloca sobre aquél que está en mejor posición para probarlo o sea, en este caso, la provincia.[25] Por ello en Francia, la carga de la falta de autenticidad de la firma del acto administrativo alegado por el particular y de la incompetencia del funcionario que lo dictó recae sobre la administración.[26] También en Francia se sanciona la pérdida del expediente por la administración con la pérdida del caso[27] lo que hubiera dado una solución favorable al particular

[24] De hecho, la provincia inició acciones similares contra las demás empresas que se encontraban en la misma situación.

[25] Ver J. W. Peyrano, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas," *LL*, 1991-B, 1034; "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas," *LL*, 1996-B, 1027.

[26] C. Debbasch, "La charge de la preuve devant le juge administratif," Dalloz/Sirey, 1983, Chroniques, p. 43; J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Adrninistratif*, t. 2, 3ª ed., pp. 542, 545.

[27] Ver "Cuando la Administración pierde sus expedientes, pierde también sus procesos," nota de Waline al arrét Sanglier (C.E., 11-V- 1973) en *R.D.P.*, 1973, p. 1747.

si el Ente no podía (o no quería) presentar el registro correlativo de notas de su Presidente.

También aquí nos preguntamos: ¿Cuál hubiera sido la decisión de la Corte si la metodología comunicada por el Presidente del Ente hubiera planteado menores plazos de pago que los de la legislación nacional? ¿No es posible acaso sostener que, una vez que la provincia comienza a cobrar sus regalías y designa a un Ente regulador para percibir y administrar esos pagos, tiene asimismo la potestad reglamentaria para fijar los plazos de pago? ¿Qué hubiera pasado si se hubiera desatado la inflación y debido reducirse los plazos de pago: Debería la provincia haber esperado que la Nación reglamentase el tema?

IV. El caso Robles[28]

En una licitación pública el pliego de condiciones generales dispone que las "construcciones y/o mejoras" que levante el contratista podrán ser adquiridas por la administración al fin del contrato pagando su valor de tasación. El pliego de condiciones especiales distingue entre las "instalaciones" y los "edificios" y dispone que estos últimos quedarán a favor del Estado sin indemnización a favor del contratista. El único oferente resulta adjudicatario y en el contrato firmado con el Estado se reitera la regla del pliego de condiciones generales, o sea la más favorable al contratista. De acuerdo con las reglas de la licitación, el orden de prelación de los documentos es: Es contrato en primer lugar, luego las condiciones especiales y finalmente las condiciones generales.

Terminado el contrato, el Estado invoca la cláusula de las condiciones especiales para no indemnizar al contratista el valor de los edificios. La acción de cobro de dicho valor interpuesta por el contratista es rechazada, con costas. Al así decidir, la Corte Suprema consideró que el contrato no podía alterar las condiciones del pliego de condiciones especiales y que si el oferente interpretaba que había una contradicción entre los pliegos, debió pedir oportunamente una aclaración, lo que hubiera implicado reglas iguales para todos los oferentes, cosa que no hizo. La disidencia plantea la contradicción entre las cláusulas de los dos pliegos, hace valer el orden de prelación previsto en ellos y sostiene la aplicación de la regla de derecho privado contra stipulatiorem que sanciona al redactor, prefiriendo la interpretación más favorable a su contraparte.

Obsérvese que no se trata en la especie de una conducta unilateral del oferente que, luego de la adjudicación, pretende mejorar a su favor las condiciones de la licitación enviando una nota y alega que el silencio del Estado ante dicha nota constituyó aceptación de la misma, como ocurrió en el caso *Maruba*.[29] Aquí existe

[28] *Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales)*, *Fallos*, 316: 382.

[29] *Maruba S. C.A. c. Secretaría de la Marina Mercante*, *Fallos*, 321: 1784.

un acto expreso del Estado que elige una de dos alternativas posibles entre las cláusulas contradictorias de los pliegos.

Ahora bien: Nos preguntamos cuál hubiera sido la decisión de la Corte si la cláusula de los pliegos especiales hubiera sido más favorable al particular que la de los pliegos generales y el contrato hubiera reiterado la cláusula menos favorable de estos últimos:

¿Hubiera podido el contratista invocar la cláusula más favorable de las condiciones particulares? Podría argumentarse que de esa manera no se violaba el principio de igualdad, porque el único oferente quedaba, en definitiva, en peor situación que la que surgía de la documentación que sirvió de base a la licitación. También la Corte habría tenido a mano el argumento de que el pliego de condiciones particulares no puede contradecir el pliego de condiciones generales atento al carácter reglamentario de éste y al principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.[30] Y por último, la Corte Suprema podría haber citado la jurisprudencia que invoca la aceptación de las condiciones del contrato por el particular como renuncia a cuestionar posteriormente las cláusulas que no lo favorecían, amén de la teoría de los actos propios.[31]

Pero si, como argumentó la Corte Suprema, realmente hubiera habido otros interesados que desistieron de presentar ofertas debido a la cláusula que disponía que los edificios quedaban sin cargo para el Estado, ¿no hubiera sido previsible que hubieran solicitado ellos la aclaración? El principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos ¿no se aplica en contra del Estado? ¿No rige también para el Estado el argumento de la seriedad de la licitación y la necesidad de conducirse con diligencia?

V. Conclusiones

Quienes transitan los vericuetos del derecho administrativo saben, por experiencia, que el Estado rara vez cumple acabadamente con los requisitos de validez del acto administrativo. Decía la KGB de Stalin "Déme el hombre y le encontraré el delito." En el derecho argentino podemos decir "Déme el acto administrativo y le encontrare el vicio."

Lo cierto es que tales son los requisitos formales que debe cumplir la administración para dictar válidamente un acto administrativo que un respeto absoluto a la legalidad conduciría en muchos casos a la parálisis administrativa. Los funcionarios honestos y dedicados se encuentran así, frecuentemente, ante la disyuntiva de no cumplir eficazmente su función o verse obligados a violar recaudos formales.

[30] J. R. Comadira, *La licitación pública*, 2ª. ed., pp. 161-163.
[31] Mairal, *La doctrina de los propios actos*..., cit., pp. 171-72 y 179-83.

Así, por ejemplo, se ha observado que la mayoría de las contrataciones de la administración pública nacional se lleva a cabo sin licitación pública.[32] Sin embargo, la Corte Suprema sanciona con la nulidad absoluta los pocos casos en los que se plantean ante la Justicia los vicios en el procedimiento de contratación y que, reiteramos, sólo por azar o por razones no siempre claras, llegan a conocimiento de los tribunales.[33] Más aún, dadas las criticables prácticas que observa el Estado para pagar sus deudas, la falta de pago es frecuentemente síntoma de corrección privada y no a la inversa.[34]

Innumerables son las consultas en las cuales el cliente plantea al especialista la siguiente situación: Alertado por su abogado de la falta de algún recaudo en un acto administrativo que le otorga un beneficio, solicita a la administración que lo corrija pero recibe como respuesta de que tal corrección es imposible y que debe tomar el acto como está: Tómelo o déjelo. ¿Qué aconsejar en tal supuesto? La multiplicidad de instancias en que se repite esta situación impide, en la práctica, una actitud conservadora. Tampoco se observan, en la mayoría de los casos, aspectos que permitan sospechar prácticas irregulares. Los particulares aceptan el beneficio y rezan para que no le sea eventualmente revocado o anulado. Sólo las motivaciones políticas, o la mala suerte, deciden qué actos administrativos serán luego cuestionados y cuáles quedarán cubiertos por el manto del olvido.

Los tribunales escudriñan el acto que el Estado mismo impugna, pero no pueden evitar soslayar la irregularidad general en que se desenvuelven permanentemente los órganos administrativos y que no llega a conocimiento de la Justicia.[35] Obviamente, el Poder Judicial puede actuar solamente en los casos que son llevados ante sus estrados. Pero debiera tomar noticia de esta realidad para calibrar sus decisiones.

Decía SCHWARTZ que los fallos de la Corte Suprema norteamericana que rechazan la aplicación del estoppel contra el gobierno federal "tienen toda la belleza de la lógica y toda la fealdad de la injusticia."[36] Lo mismo podríamos decir de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que rechaza las acciones contra el Estado promovidas por los contratistas que han cumplido su prestación, basándose en la nulidad o inexistencia del contrato a raíz de los vicios incurridos en el procedimiento de contratación.

[32] A. GARCÍA SANZ, "Licitación Pública v. Contratación Directa: La batalla perdida," *RPA*, 2006-3; "La contratación directa sigue siendo la regla. El decreto 259/2010: Un curioso festejo del Bicentenario," *elDial*, *Supl. Derecho Administrativo*, DC-1323, 27-IV-10.

[33] *Mas Consultores de Empresas S.A. c. Provincia de Santiago del Estero*, *Fallos*, 323: 1515. Ver el análisis de las posiciones contrapuestas sobre este punto que realizan N. DIANA y N. BONINA, *op. cit.*

[34] Ver el prólogo de J. A. SÁENZ al libro de PEDRO ABERASTURY, *Ejecución de Sentencias contra el Estado*, pp. 19-20.

[35] BONINA describe elocuentemente la práctica contractual de los organismos administrativos que frecuentemente se apartan de las formalidades exigibles colocando al contratista en situación de indefensión jurídica. (N. DIANA y N. BONINA, *op. cit.*)

[36] B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3ª ed., p. 152.

Sería mucho más difícil criticar esta severidad judicial ante actos administrativos ilegítimos si ella se ejercitara tanto a favor como en contra de la administración. El derecho administrativo sería así estricto para todos. Ello ocurre en Francia, aunque con la morigeración de la distinción entre las formalidades substanciales y las accesorias.[37] Sin embargo, en Francia, la anulación del contrato por vicios en el procedimiento también puede ser invocada por el particular para liberarse de las cargas que le imponía el contrato,[38] amén de que la inconducta administrativa al incurrir en vicios de procedimiento en el curso de la licitación constituye una falta de servicio que abre la puerta tanto a la indemnización a favor del particular como a la compensación del enriquecimiento sin causa que obtiene la administración, con lo cual el contratista puede llegar incluso a recuperar el beneficio del que fue privado por la anulación del contrato.[39]

En España la actitud ante los vicios de forma y de procedimiento parece ser más tolerante. Así, una sentencia del Tribunal Supremo decidió que "la infracción de las formalidades administrativas establecidas en la legislación de contratos del Estado por parte de la propia Administración contratante nunca podrá enervar el derecho del contratista al cobro de la cantidad correspondiente a la obra realmente ejecutada."[40] Además, en ocasiones se ha prohibido a la administración invocar su propia torpeza y, si se llega a la anulación del contrato, se indemniza el enriquecimiento sin causa que ella obtiene.[41]

El derecho argentino ha preferido, por el contrario, el rigor francés sin los correctivos que ese derecho establece a favor del particular.

Sería, también, mucho más difícil criticar la conducta de la administración al impugnar la validez de .sus propios actos si ella sancionara a los funcionarios responsables por la ilegitimidad y si los organismos de contralor administrativo procuraran eficazmente detectar y poner coto a la violación constante, por parte de la administración, de las formalidades exigibles. Pero la severidad judicial ejercida sólo contra los intereses privados en los pocos casos en que se levanta la cuestión y la pasividad administrativa frente a las prácticas irregulares de sus propios funcionarios, constituyen un verdadero estímulo para las conductas incorrectas de parte de la administración y, por qué no decirlo, de los mismos particulares.

Por otra parte, los efectos cívicos de esta severidad judicial ante los defectos del trámite administrativo cuando la administración impugna sus propios actos, unida a la tolerancia de dichos defectos cuando ella los defiende, son muy nocivos.

[37] A. de Laubadère, F. Moderne y P. Delvolvé, *Traité des Contrats Administratifs*, t. 1, 2ª ed., p. 596.

[38] Laubadère, Moderne y Delvolvé, *op. cit.*, t. 1, p. 575, especialmente nota 11.

[39] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 6ª ed., pp. 112-13.

[40] Sentencia del Tribunal Supremo del 17-XI-90, transcripta en O. Moreno Gil, *Contratos administrativos*, 3ª ed., p. 637.

[41] V. S. Baca Oneto, *La invalidez de los contratos públicos*, p. 161-63.

De esta manera se permite a la administración dejar sin efecto cualquiera de sus actos sin soportar el costo de los perjuicios que así ocasiona a los particulares.

Se dirá que el Estado defiende el interés público y que ante éste deben sacrificarse los intereses privados que contradigan a aquél. Sin embargo, este argumento prueba demasiado, ya que permitiría sacrificar siempre los intereses privados y darle siempre la razón al Estado.

Más difícil de contestar es el argumento acerca de la idoneidad que se presume tienen las grandes empresas. ¿Pero, en verdad, quién puede opinar con certidumbre en la jungla jurídica de las reglamentaciones argentinas, muchas de ellas mal redactadas y a menudo contradictorias entre sí? ¿No hubo acaso disidencias entre los miembros de la Corte en los tres casos? Obsérvese además que, en *CADIPSA*, el Procurador General y la Corte Suprema, si bien coincidiendo en el rechazo de la demanda del particular, interpretaron distintamente los alcances de la circular inicial del Subsecretario de Combustibles.[42] Por otra parte, una empresa que, ante cada duda interpretativa en sus relaciones con el Estado, prefiriera la interpretación más negativa para sus intereses, quedaría rápidamente fuera de competencia. No es de esperar, tampoco, que el gerente de la empresa privada que recibe una instrucción oficial que amplía los plazos de pagos la ignore y continúe pagando en plazos más breves. Quien siguiera esa conducta no duraría mucho tiempo en su puesto.

La extremada severidad en juzgar la validez de los actos administrativos que impugna el mismo Estado (generalmente luego de que los funcionarios que los dictaron dejaron su cargo) desemboca así en una inseguridad jurídica general. La presunción de legitimidad del acto administrativo pareciera hoy jugar sólo a favor del Estado, nunca en su contra. La estabilidad del acto administrativo es hoy una teoría en gran medida vacía de contenido.[43] La administración siempre alega la nulidad absoluta así como el conocimiento del vicio por el particular y revoca por sí el acto.[44] (O lo suspende, lo que en la práctica tiene el mismo efecto.)[45]

[42] Comparar el capítulo VI de la opinión del Procurador General con el considerando 6º, *in fine*, del fallo de la Corte.

[43] Cfr. S. E. Vega, "La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad," *LL*, 2007-B, 451 comentando el caso *Gordillo, J. H. c. Administración Nacional de la Seguridad Social*, C.N.F.C.A., Sala II; Cfr. A. S. Gusmán, "La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal," *ED Administrativo*, 2007, pp. 675-76.

[44] Cfr. M. Rejtman Farah, "La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación," en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Universidad Austral, 2009, pp. 431-32 citando la cambiante doctrina de la Procuración del Tesoro. hoy más favorable a la posición del particular: Ver, en este último sentido, el dictamen transcripto en *LL*, 2007-C, 376 con nota de E. M. Alonso Regueira, "¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?"

[45] Conf. con esta posibilidad J. R. Comadira, *Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, p. 215, con cita de dictámenes en el mismo sentido de la Procuración del Tesoro; L. Monti, "Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa Pradera del Sol y la potestad revocatoria de la Administración," *ED Administrativo*, 2005, p. 114. Contra Gordillo, *op. cit.*, t. 3, p. VI-13 y 14.

Todo ello sin que el tribunal se detenga a determinar si, de acuerdo con las circunstancias del caso, la revocación es inefectiva porque la administración debió haber peticionado judicialmente su anulación.[46]

Párrafo aparte merecen las condenas en costas en los tres casos. Los tres fueron provocados por una conducta inicial del Estado que la Corte consideró ilegítima. En los tres casos hubo negligencia de parte del Estado al no haber actuado, en el entender de la Corte Suprema, de acuerdo a derecho. El Estado fue, así, responsable de la confusión que motivó el litigio. Y sin embargo, en ninguno de los tres casos se eximió de costas al particular. Ello sólo sería justificado si el particular hubiera sido partícipe con el Estado en la creación de la confusión o hubiera actuado dolosamente. No se alegan estas circunstancias en ninguno de los tres fallos.

Sin embargo, y en defensa de la jurisprudencia que comentamos, pareciera que bajo ella subyace una sospecha de la ilicitud dolosa (aunque casi siempre incomprobable) del comportamiento administrativo. Pero, sin pruebas al respecto, los jueces no pueden considerar que la totalidad de quienes tratan con la administración son partícipes con ella en conductas ilícitas y que, por ende, cuando se trae un caso ante sus estrados deben sancionar la inconducta que presumen. A un triste estado habremos llegado cuando los tribunales no presuman la inocencia sino el dolo.

La Corte Suprema, en su actual composición está mostrando una saludable tendencia a corregir el exagerado apartamiento de nuestro derecho administrativo de reglas que constituyen verdaderos principios generales del derecho.[47] Nos referimos a la admisión de la posibilidad de indemnizar el lucro cesante[48] y a la ratificación del efecto obligatorio de los contratos administrativos para el Estado con el consiguiente rechazo de la facultad de la administración para modificarlos unilateralmente.[49] Y a todos aquellos que rechazan absolutamente la aplicación de reglas de derecho privado en el derecho administrativo haciendo hincapié en el carácter exorbitante de éste, señalamos que, nada menos que en Francia, se sostiene que la regla "*nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*" es tan susceptible de ser invocada en los contratos administrativos como en los contratos civiles.[50]

Esperemos que esta tendencia jurisprudencial alcance al tema en discusión y se corrija la desigualdad de trato que ocasionalmente se observa: Existe un

[46] Cfr. GORDILLO, *op.cit.*, t. 3, pp. VI-18 y 19. Así lo sostuvo, correctamente en nuestra opinión, el voto en disidencia en *CADIPSA*.

[47] Cfr. J. A. SÁENZ, "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino," en *Responsabilidad del Estado*, Facultad de Derecho, U.N. Bs. As., 2008, p. 67 y especialmente en p. 80 donde habla de la tendencia jurisprudencial a "desadministrativizar" los derechos patrimoniales en el régimen de los contratos del Estado.

[48] *Juncalán Forestal*, *Fallos*, 312: 2266; *El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional*, *Fallos*, 328: 2654.

[49] CSJN, *Pradera del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón*, *Fallos*, 327: 5356.

[50] DE LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 577.

solo derecho administrativo y él juega, siempre, tanto a favor como en contra de la posición del Estado.

Sección III

LA REALIDAD INSTITUCIONAL

Capítulo X: Gordillo, Agustín, *Una celebración sin gloria.*

Capítulo XI: Gordillo, Agustín, *¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica del país?*

Capítulo XII: Gordillo Agustín, *La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?*

Capítulo XIII: Pulvirenti, Orlando, *Confirmado: ¡Existen negocios en la Administración Pública!*

Capítulo XIV: García Sanz, Agustín A. M., *La publicidad de las normas a través de Internet como estándar mínimo para que sean exigibles.*

Capítulo XV: Pulvirenti, Orlando, *Frente a vías de hecho, una nueva categoría de sentencias: "Enunciativas y testimoniales."*

Capítulo XVI: Gordillo, Agustín, *Palabras pronunciadas en las jornadas de la asociación de derecho administrativo de la ciudad de buenos aires.*

Capítulo X

UNA CELEBRACIÓN SIN GLORIA

Por Agustín Gordillo

Sumario

1. Ciento cincuenta años de masivo incumplimiento 139
2. El contexto 141
3. Los momentos de burbujas de desarrollo 142
4. El contexto 142
5. Desarrollo y subdesarrollo 143
6. Una propuesta de cambio 145
7. La soberanía perdida 146
7.1. La globalización conocida 146
7.2. La quiebra internacional, un paso a recorrer 147
7.3. Los contra argumentos 148
8. Y si la recuperamos? 150
9. "Europa y EEUU nos han hecho siempre daño" 151
10. Qué esperamos, qué imaginamos 152
11. Apéndice en época de elecciones 154

Agradecimientos y Desinteración 155
1. La norma 155
2. El por qué de la norma 156
2.1. Un ejercicio mental 156
2.2. Un segundo ejercicio mental 157
2.3. El contexto externo 158
2.4. El contexto interno 159
2.5. Continuando el ejercicio mental 160

Capítulo X

UNA CELEBRACIÓN SIN GLORIA[1, 2]

Por Agustín Gordillo

1. *Ciento cincuenta años de masivo incumplimiento*

Una constitución mancillada a lo largo de casi toda su historia[3] (también la de la Provincia más populosa):[4] Ese es nuestro legado a los nietos. ¿Podremos

[1] Publicado originalmente en Bidart Campos (dir.), *150° Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en *LL*, 2003-C, 1091.

[2] Hacemos aquí algunas reflexiones compatibles con las que desarrollamos en nuestro libro *The Future of Latin America: can the EU Help?*, en prensa, Londres, Esperia Publications Ltd., prólogo de Spyridon Flogaitis, director del Centro Europeo de Derecho Público; una versión resumida en "Civilizations and Public Law: A View from Latin America," conferencia a ser pronunciada en el seminario sobre "Civilizations and Public Law," Atenas, 17 y 18-V-2003, Centro Europeo de Derecho Público. Lo hemos estado distribuyendo entre nuestros colegas y nos hemos beneficiado con sus aportes críticos: No están de acuerdo, pero les interesa discutir la propuesta. Es como si coincidieran no en la propuesta pero sí en que algo hay que hacer, que así no podemos seguir.

[3] Este es un tema que no tiene novedad para nadie. Lo hemos tratado en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo,* Madrid, Civitas, 1982, un volumen de 160 pp., cuarta reimpresión inalterada, Madrid, 2001. Hay edición italiana bajo el título: *L'amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo,* Introducción de Feliciano Benvenuti, Milán, Giuffrè, 1987, un vol. de 92 pp., vol. 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzacione in Diritto Amministrativo e Scienza dell' Amministrazione; en igual sentido, posteriormente, Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley,* Buenos Aires, EMECE, 1992; De Soto, Hernando, *El otro sendero,* Buenos Aires, Sudamericana, 1987; Portes, Alejandro (editor), *The Informal Economy*, John Hopkins University Press, 1989.

[4] Ver Arias, Luis Federico, "El «descontrol» judicial de la función administrativa en la Provincia de Buenos Aires," en Ahe, Dafne Soledad (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, p. 227 y ss.; nuestro artículo "La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)*", ED, 30-XI-01*; editado y reproducido en la *Revista de Estudios de Derecho Público, REDEP,* Querétaro, FUNDAp, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2001-1, número especial a cargo de Nava Negrete, Alfonso y otros (coord.), *Justicia administrativa en México y en Iberoamérica*, pp. 205-226. Hasta estudiosos del exterior han venido al país a observar este fenómeno: Ver Police, Aristide, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, esp. cap. IV, pp. 119-127.

nosotros, podrán ellos, cambiarlo? Ya no se trata de hacer una monografía o un libro, sino de dejar un país vivible a nuestros nietos, para que no tengan que emigrar ellos también.

No es que hayamos abandonado del todo la Constitución de 1853; pero es que la incumplimos demasiado, en texto y en espíritu. Aunque cabe destacar que el hecho de que la mantengamos formalmente en vigencia implica al menos que tiene un ideario que compartimos, aunque no tengamos la fuerza ni la voluntad social suficiente para imponerla a nuestros gobernantes, para hacer que la cumplan.

De todas maneras y como indica GELLI, "Cuando el vendaval de la crisis amenazaba con no dejar nada en pie, ni instituciones políticas y financieras, ni el juego reglado de la democracia, sucedió la paradoja: Cuanto más se crispaban las reglas del sistema constitucional más se apelaba a la Ley Suprema para buscar, en ella, amparo a los derechos vulnerados, remedio a los problemas institucionales…"[5]

Es claro que constituye un legado muy valioso que hemos recibido y al cual nos aferramos todos. Pero no lo suficiente. No tenemos la fuerza y voluntad social suficiente como para imponerla a nuestros gobernantes, porque llevamos cinco siglos de incumplir socialmente la ley,[6] cada vez más.

¿Es esa fe en la Constitución lo único bueno que hay? Obviamente que no. Estos últimos años la justicia administrativa ha encontrado finalmente su voz,[7] y ha hecho sentir la balanza y la espada de la justicia, en todas las instancias. Es el único poder del Estado que funciona realmente, no obstante su ingente labor frente al permanente accionar inconstitucional de los otros poderes. Debemos felicitarnos del heroico esfuerzo que están haciendo frente a cientos de miles de reclamos de ciudadanos multilesionados por una administración y un congreso irreflexivos como casi nunca en la historia. (No es casualidad que estemos atravesando nuestra peor crisis social y económica.) Hay otros progresos de que alegrarse.[8]

[5] GELLI, MARIA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada,* Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed. corregida y aumentada, p. XV.

[6] Aunque ningún argentino lo habrá de ignorar, seguramente, en todo caso lo hemos expuesto en *The Future of Latin America: Can the EU Help*?, Londres, Esperia, 2003. (En prensa.) Como dice JAMES NEILSON, "Una cosa de locos," *Página 12*, 11-III-2003, p. 13, el país es "esquizofrénico y en consecuencia ingobernable," pues "se ha acostumbrado a mudarse con tanta frecuencia desde el país legal hasta el netamente ilegal o, quizás, alegal, y viceversa. El viaje así supuesto ya es rutinario y todos los días millones lo emprenden. Los que reclaman que se respete al pie de la letra sus derechos adquiridos un momento se resistirán a pagar sus impuestos el siguiente, justificando su decisión aludiendo, a menudo con pasión, a teorías éticas que a un tiempo son ingenuas e ingeniosas;" una "rara combinación de legalismo pedante con ateísmo principista."

[7] Salvo en la Provincia de Buenos Aires, donde ha sido aplastada, como explicamos en la nota 4. En el orden nacional, ver especialmente AHE, DAFNE SOLEDAD, "La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo," en MILJKIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia,* I, Buenos Aires, FDA, 2002, p. 41 y ss.; GUGLIELMINO, OSVALDO, "La Justicia Federal en la emergencia," igual libro, p. 23 y ss.

[8] Nos referimos a lo explicado en nuestro artículo "Defensa del Consumidor. Balance a 10 años de vigencia de la ley 24.240," en prensa, Universidad Austral, 2003.

Pero no es suficiente. El Poder Judicial, sólo, no puede arreglar el país. Tenemos que lograr que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tengan otras restricciones al abuso del poder, y aprendan a no excederse tanto, a no comprometer tanto nuestro destino colectivo. Este es el gran desafío de nuestro tiempo. Lo era desde antes, pero la profundidad de la crisis lo ha magnificado. Veamos algunos datos.

2. *El contexto*

Lo peor, en efecto, es que no sólo la Constitución tiene una celebración sin gloria. El propio país está en su peor derrumbe histórico, en su límite más alto (¡pero en ascenso!) de una historia de endeudamiento progresivo;[9] su más extendida pobreza y su peor indigencia.[10]

Recuerdo un artículo periodístico que se denominaba "Sin pan, sin sudor y sin frente"[11] y un sentimiento parecido me embarga al escribir sobre los ciento cincuenta años de nuestra Constitución. La llamada generación del '80 (otros la llaman generación de 1837, por la fecha de nacimiento)[12] tenía la visión de un país al cual mejoraría la inmigración europea. Algunos como SARMIENTO hasta pensaban que con ello lograríamos una civilización mejor que la europea o la norteamericana, que él tanto admiraba.

[9] A lo largo de la historia siempre fue igual: En 1824, "el arquetipo de un préstamo inútil y caro" (LUNA, FÉLIX, *A Short History of the Argentinians*, Buenos Aires, Planeta, 2000, p. 215); SARAVIA FRÍAS, BERNARDO, "La Argentina, «la gran deudora del Sur». Antecedentes, evolución, jurisprudencia y propuestas para la reestructuración de la deuda pública externa argentina," *ED*, 6-IX-2002. Decía Sarmiento que éramos "el gran deudor del Sur," parafraseando el Viejo himno nacional: LUNA, *op. cit.*, p. 215; SHUMWAY, NICOLAS, *The Invention of Argentina*, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 156, nota 3; THE CLUB OF ROME, *Latin America, facing contradictions and hopes*, Bilbao, BBV, 1993, por ROSENSOHN, NICOLE y SCHNEIDER, BERTRAND, p. 35.

[10] Estos son datos objetivos. La pobreza aumentó del 30% al 60% de la población, la indigencia llegó al 25% o 30%, la desocupación al 25% (a menos que se compute como "empleo" los subsidios del "Plan Trabajar"); siete de cada diez niños están en la pobreza o la indigencia. Basta con leer las estadísticas de cualquier diario y *evitar* los discursos oficiales y los de algún candidato. En todo caso, "la distribución del ingreso resultante con toda probabilidad es la más desigual en décadas:" KRITZ, ERNESTO, "Un atajo que perpetúa la pobreza," *La Nación*, 8 de marzo de 2003, Sección 2, *Economía & Negocios*, p. 2. Por supuesto que la lista es más larga: En el 2002 aumentaron los homicidios dolosos en ocasión de asalto en un 50% respecto al 2001, en la Provincia de Buenos Aires: MOROSI, PABLO, "Los homicidios crecieron un 50 por ciento en Buenos Aires," *La Nación*, 9-III-2003, p. 23. El Procurador General de la Corte provincial afirma que "vivimos una época donde detrás del aumento generalizado de la violencia subyace una suerte de subcultura de la muerte y la agresividad, engendrado durante la última dictadora militar y cobijado hoy en la desesperanza y la exclusión de millones de personas." (Citado por MOROSI, *op. loc. cit.*) Este funcionario propone "hacer cumplir las normativas vigentes, desde la ley de tránsito hasta el Código Penal:" No menciona el cumplimiento de la Constitución por el propio tribunal que integra, que "lidera" al país en incumplimiento constitucional: *Supra*, nota 4.

[11] MARCELO GIOFFRÉ, *La Nación*, 4-VIII-2002.

[12] SHUMWAY, *op. cit.,* pp. 139-40.

3. *Los momentos de burbujas de desarrollo*

El país estaba antes y estuvo después, vacío.[13] Lo sigue estando y su ecosistema se va degradando.[14] No todo lo pensado por la generación del 37 o del 80 ocurrió. Los europeos que vinieron al país se adaptaron a nuestra cultura, no nosotros a la de ellos y tampoco hicimos algo mejor entre todos; o, en la versión más optimista de María Angélica Gelli, hicieron mucho y muy bueno.[15] Pero no lo suficiente: los datos muestran que no alcanza.

El primer *boom* de riqueza que el país vivió a fines del siglo XIX y comienzos del XX fue el resultado de varios fenómenos simultáneos: La exterminación de los indios y la apropiación de las tierras; el crónico endeudamiento externo y la gran inversión extranjera.

Con la guerra de 1914 la inversión extranjera desapareció o disminuyó por bastante tiempo y quedó la deuda, como siempre. Lo construido duró hasta 1946, cuando en lugar de invertir nuestros excedentes financieros de guerra en el Fondo Monetario Internacional, como su máxima autoridad le pidió personalmente a nuestro presidente en la primera entrevista que éste concediera, lo malgastamos en nacionalizaciones innecesarias, obsoletas y caras. En 1973 el mismo presidente parecía ver las cosas de otro modo.[16]

Mucho después, el modesto *boom* del gobierno militar fue la consecuencia de otro desenfrenado endeudamiento, más la inversión extranjera. Terminado, la historia se repite. Finalmente la década de las privatizaciones, nuevamente con inversión extranjera y excesivo endeudamiento cuya contraparte en obras no parece equivalente.

4. *El contexto*

Mezclado a ello, la corrupción, el clientelismo político,[17] el patronazgo, la cultura del "negocio" público-privado y no de la inversión privada en libre competencia. Ahora, la devaluación asimétrica, la confiscación de los depósitos bancarios y todo lo que ello ha traído: Un sistema financiero y económico colapsado y paralizado

[13] Darwin, citado por Kupchik, Christian, *La ruta argentina. El país contado por viajeros y escritores,* Buenos Aires, Planeta, 1999, pp. 90-1; Francis Bond Head, citado por Puchnick, *op. cit.*, p. 67. No me refiero al criterio de Alberdi, "Gobernar es poblar," sino a que existen vastas extensiones de tierra inexplotadas. La falta de inversión en el interior del país unida a la fuerza de atracción que ejerce la metrópoli sobre el interior mantiene a éste vacío también de población; pero esto es consecuencia y no causa del problema.

[14] Ver Sawers, Larry, "Income Distribution and Environmental Degradation in the Argentine Interior," en *Latin American Research Review,* Universidad de Nueva México, Albuquerque, vol. 33, nº 2, 2000, pp. 3-33.

[15] Ver su comentario en este mismo número de celebración de los 150 años de la Constitución de 1853.

[16] Lo citamos al final de este artículo, § 9.

[17] Ver Auyero, Javier, "The Logic of Clientelism in Argentina: an Ethnological Account," *Latin American Research Review*, Universidad de Nueva México, Albuquerque, vol. 35, nº 3, 2000.

durante casi un año,[18] descreimiento generalizado; la pobreza, la indigencia, las villas miserias: todo aumentado; el subsidio multiplicado a millones de personas, la deuda pública aumentada en un tercio *más* en apenas un año (y continúa engrosándose).[19] Las palabras de HÉCTOR A. MAIRAL, *La degradación del derecho público argentino*[20] parecen todavía poco, es también la degradación del tejido social y del aparato productivo, de la esperanza misma por momentos.

Ahora nos prestan todavía para seguir haciendo los subsidios sociales. Pero esto es sin futuro, además de ser sin pan, sin sudor y sin frente.

¿Es todo culpa del gobierno? ¿O simplemente tenemos los gobiernos que merecemos? Pareciera que la culpa es necesariamente colectiva. Más aún, hay quienes piensan que tenemos una cultura de la ilegalidad cada vez mayor y mas generalizada, que va en camino de no dejar nicho alguno de legalidad

5. *Desarrollo y subdesarrollo*

Más de un antropólogo, sociólogo, politólogo, etc., diría que "cultura" es un concepto de dominación ideológica de los imperios sobre las colonias. Se le puede buscar otro nombre o simplemente describir cuáles son las diferencias que aparecen más notorias (vistas con la óptica del resto del mundo, no la nuestra) entre un país desarrollado y otro que no lo es. Lo que sigue en este parágrafo no pretende ser una descripción de la "cultura" de los países latinoamericanos o europeos[21] y norteamericano,[22] sino apuntar a título ejemplificativo a los diferentes comportamientos que parecen tener incidencia en el resultado global de la sociedad.

Nosotros valoramos un concepto de cultura que incluye ir al teatro y a la ópera, leer literatura clásica y contemporánea, escuchar música, saber de las grandes tendencias del pensamiento contemporáneo, ser ilustrado e informado: MARX, FREUD, POPPER, LACAN, y muchos más no pueden faltar del bagaje intelectual de un latinoamericano ilustrado. Dedicamos mucho tiempo a preocupaciones existenciales como la esencia del ser nacional. Valoramos mucho la amistad, la familia y dedicamos mucho tiempo a cultivar esos afectos.

[18] El sistema financiero tiene hoy depósitos equivalentes al 25% de los que tenía en el año 2000, lo cual es enunciado dentro de un artículo que indica "señales de recuperación"(¿?): "Argentina. Tentative signs of recovery," *New York Times*, reproducido en *Buenos Aires Herald*, 26-II-2003, p. 9.

[19] Por la compensación a los bancos por los perjuicios originados por la pesificación asimétrica. Ya están también saliendo fallos condenando al Estado a devolver los dólares originarios. El resultado es inevitable: La devaluación asimétrica ha sido para beneficio de unos pocos y para perjuicio de todos los demás. Dado que se continúa generando deuda, la cuenta final es imposible de sacar: KRISHOCK, DAN, "74 and counting," *Buenos Aires Herald*, 12-III-2003, p. 12; MONTAMAT, DANIEL GUSTAVO, "Camino a la dolarización asimétrica," *El cronista*, 12-III-2003, p. 8.

[20] Conferencia pronunciada el 20-III-2003, a publicarse en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003. (En preparación.)

[21] Y otros con un nivel de desarrollo comparable.

[22] Canadá y EE.UU.

Se privilegia la defensa de los derechos económicos y sociales y el rol del Estado en la sociedad y en la economía. Se reclaman muchas cosas del Estado nacional, se descuida la participación en la colectividad local. (Escuela.)

Hay solidaridad en términos de dar comida a los más necesitados, pero no solidaridad en pagar los impuestos correctamente y trabajar esforzadamente para el bien de todos. No hay solidaridad en condenar públicamente a los corruptos.[23]

Somos impuntuales. No siempre cumplimos la palabra. Tampoco pensamos que estemos tan obligados por todo lo que decimos. No siempre contestamos, o no contestamos a tiempo, las cartas, llamados e *e-mails*. A veces tiramos los papeles al suelo o en la calle. Algunos fuman en presencia de otros.

En los países desarrollados se privilegia más la solución de problemas cotidianos y prácticos: Cómo manejar la escuela adonde van los chicos, cómo controlar a los gobernantes, cómo programar para el mañana: Tanto en la educación de los hijos desde su nacimiento hasta terminar la universidad, como en formar los ahorros necesarios para la propia vejez y tener reservas personales para momentos de desempleo. Se privilegia el deber, la solidaridad, la responsabilidad, la puntualidad. Se privilegian los derechos políticos y la competencia. Se desconfía del Estado nacional, se toma parte activa en la colectividad local. Se privilegia la puntualidad. La impuntualidad se considera una agresión social. Si se recibe un llamado telefónico, se lo contesta; lo mismo una carta, un *e-mail*. Desde la escuela primaria se enseña a no tirar los papeles o residuos al suelo o en la calle y demás normas de convivencia social.

Cuando EEUU decide hacer el plan MARSHALL para Europa y Japón, tuvo éxito. Cuando hizo la Alianza para el Progreso de América Latina, fracasó.[24] En cambio, en el año 2000 el Congreso de los EE.UU. dictó la *Africa Growth and Opportunity Act*[25] que, canalizada por la *US Agency for International Development*, y unida a los esfuerzos menores de Francia[26] y otros seguramente ha contribuido al mayor porcentaje de crecimiento que África tiene respecto a América Latina desde entonces.[27] Algunos autores buscan la clave reciente de los diversos resultados que producen el desarrollo y el subdesarrollo económico no en grandes teorías sino en una sumatoria de estas diferencias que a nosotros

[23] También es cierto que una extraña tendencia al suicidio sigue a muchos testigos de hechos de corrupción. Pareciera que son las personas con tendencia suicida las que denuncian tales hechos. Ver GONZÁLEZ TORO, ALBERTO y GARCÍA LUPO, ROGELIO, "Muertes argentinas," *Clarín*, suplemento *Zona*, 9-III-2003, pp. 1-3; ambos autores citan a MÁXIMO SOZO: "la intersección entre criminalidad y política, vía corrupción, y entre criminalidad y economía, es algo que ha marcado como un signo indeleble a los últimos años." Según GARCÍA LUPO la acción de distintas mafias vinculadas al poder es una tendencia que va en aumento. ("El crimen tercerizado," *Clarín*, igual suplemento, p. 3.)

[24] Más datos en HARRISON, LAWRENCE E., *Underdevelopment is a State of Mind. The Latin American Case*, Boston, Madison Books, 1985, p. 1.

[25] LINZER, DAFNA, "Pivotal Security Council votes get billions in US aid," *Buenos Aires Herald*, 9-III-2003, p. 7.

[26] En Guinea, Camerún, Angola: LINZER, *op. loc. cit.*

[27] FRAGA, ROSENDO, "La africanización de la Argentina," *El Cronista*, 18-II-2003, p. 8.

nos parecen pequeñas. Es en tal sentido que un intelectual peruano dice que el subdesarrollo (o el desarrollo) es un estado mental, o más bien un estado de ánimo y una actitud mental.[28]

Tal vez un ejemplo de diversidad de actitud pueda resultar del siguiente relato personal de un amigo, que me fue comunicado en relación a otro análogo que yo efectuaba en un primer borrador de este trabajo.

"He tenido la suerte y el privilegio de integrar diversos organismos internacionales [...] Al leer tu artículo no pude menos que sonreírme, ya que siempre comentaba a mis amigos que mi mayor mérito para hacer una carrera internacional había sido, simplemente, el constante cumplimiento serio de mis obligaciones. Me pedían un artículo, lo escribía; me pedían una conferencia, la preparaba y la daba el día y hora programados; me escribían una carta y de inmediato la contestaba. Cosas sencillas, parece, pero poco frecuentes en nuestra región, que era la que se me asignaba por el nacimiento. Recuerdo que era muy joven cuando empecé, y muchos de los que empezaron conmigo recorrían Europa y se la pasaban pidiendo, dinero o cosas (o todo ello). Así, algunos consiguieron grabadores, máquinas de escribir (todavía las computadoras no eran accesibles como hoy), valijas, etc. Yo, en cambio, jamás pedí nada, y en cambio siempre ofrecí, no dinero, que no tenía ni para mí, sino colaboración. Y así en su momento hice carrera, y los otros quedaron en el camino con los bártulos que habían logrado conseguir con lo que creían eran "avivadas."

Una vez más nadie será convencido de nada de lo que no esté convencido anteriormente, como dijo ALEJANDRO NIETO.[29] Por ello no puedo finalmente sino hacer apelación a mi impresión personal, que puede convencer o no independientemente de lo que yo diga. Cada uno estará convencido de antemano, si cree que el desarrollo no es producto de más trabajo y más esfuerzo y más cumplimiento de reglas sociales, más responsabilidad, más dedicación, más estudio, más previsión. A nadie convenceré que no lo esté de antemano.

6. *Una propuesta de cambio*[30]

No tenemos el equivalente a la generación del 80: Nací en 1938, un siglo después que nacieron los de 1837, no pretendo emularlos. Quizás no se equivocaron al

[28] AUGUSTO SALAZAR BONDY, citado por HARRISON, *op.cit.,* p. xi, que lo transforma en título de su libro.

[29] NIETO, ALEJANDRO, *Los límites del conocimiento jurídico*, con glosas del suscripto, Madrid, Trotta, 2003, en prensa.

[30] Un amigo me recuerda palabras de KANT que resultan apropiadas: "El peligro aquí no es ser refutado, sino el no ser comprendido:" KANT, *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Sopena, 1961, p. 75.

promover la inmigración europea.[31] Pero no fue suficiente para hacernos un país desarrollado.[32]

Si quisiéramos hacer hoy una propuesta que mejorara la que ellos hicieron en aquel momento de nacimiento constitucional, con la ventaja de más de un siglo de experiencia observada y la vivencia actual de un mundo irrevocablemente internacionalizado, nuestra mejor apuesta sería comenzar a integrarnos primero en un Banco Central Interamericano[33] y en una Corte Interamericana de Justicia, por sobre todas nuestras Cortes Supremas (integrada, claro está, por presidentes de las Cortes Supremas nacionales, seleccionados con un criterio de representatividad de bloques regionales: Por ejemplo Cono Sur; Brasil; México; Centroamérica; Venezuela, Colombia y Ecuador), y si ello funciona, luego en un Estado Supranacional Interamericano, en todos los casos con participación minoritaria de países desarrollados. Posiblemente la elección primaria más obvia y primaria, geopolíticamente, sea Europa y Norteamérica. (Canadá y EE.UU.)

Es importante que el lugar de reunión sea siempre un país desarrollado. Lo ilustra bien Rejtman Farah cuando me dice: "Un amigo alemán suele decirme, cuando viene a cenar a casa, que jamás probaría el vino en Alemania si luego tiene que manejar de regreso. En casa lo hace porque en definitiva sabe que un «poquito» de vino no le hace nada. Y que en cualquier caso nadie lo sancionará ni le impondrá una elevada multa por hacerlo. En otras palabras: no es «ontológicamente» cumplidor de la ley. Lo es porque socialmente se le exige ser honesto."[34]

7. *La soberanía perdida*[35]

7.1. *La globalización conocida*

¿Que implica resignar una parte de la soberanía? No nos engañemos, ya la tenemos resignada desde mucho antes en los múltiples mecanismos de la globa-

[31] Al final de cuentas, no podemos decir otra cosa: Todos somos descendientes de otros países y la gran mayoría precisamente de países europeos.

[32] Sí para darnos otros valores que destaca María Angélica Gelli en este mismo homenaje colectivo, a cuyo trabajo nos remitimos.

[33] Mi artículo "Primero: Crear el Banco Central Interamericano," en *LL*, 2002-D, 1453.

[34] De un trabajo en preparación, para el libro de Guillermo Scheibler (coord), *El derecho administrativo de la emergencia, IV,* Buenos Aires, FDA, 2003, también en preparación.

[35] No puedo evitar el retruécano de recordar una vieja novela, que debió ser retirada de circulación porque los difamados ganaron el juicio, que se llamó "La soberanía hundida," de Mabel Pagano.

lización[36] y su resultado de la "soberanía compartida,"[37] de la responsabilidad internacional del Estado,[38] de los condicionamientos de la deuda externa,[39] etc.

7.2. *La quiebra internacional, un paso a recorrer*

Esa es una tendencia en avance, como lo demuestran los desarrollos que va teniendo el tema de la "Quiebra soberana. Hacia un procedimiento internacional de insolvencia de Estados."[40] El procedimiento de insolvencia internacional se propone para proteger a los acreedores débiles, pues los acreedores externos y los internos poderosos siempre arreglan sus cuentas, como lo demuestra la indemnización que el Estado argentino les da a los bancos por los resultados de los amparos que han perdido, de las cuentas que no les cierran por la devaluación asimétrica, etc. [41]

Los que nos quedamos sin tutela, salvo la judicial en casos excepcionales (pues ya doscientas mil causas colapsan el sistema, y quedamos varios millones sin haber pedido amparo), somos precisamente los ciudadanos comunes. Esa es la lógica de estas propuestas, una de las cuales señala que todo ello "nos persuade de que un nuevo procedimiento internacional de insolvencia soberana es factible, y posibilita la defensa de los Derechos Humanos básicos y la protección por el Estado de Derecho para todos, puesto que [...] hasta ahora sólo es una opción reservada a los afortunados habitantes del Norte."[42] La soberanía entendida como el gobierno de los corruptos, las clientelas, los caudillos y los ineficientes es

[36] "G-8, UE, FMI, Argentina," en *LL*, 2002-E, 927.

[37] Morello, Augusto Mario, "El acceso a la justicia en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el ámbito de la salud. Análisis comparativo de la doctrina de la Corte de Luxemburgo y la espera irrazonable de los pacientes del Reino Unido," *LL Buenos Aires*, 2001: 1290-1.

[38] "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional," en Universidad Austral, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público,* Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. IX del libro *Introducción al derecho*, ed. como *e-book* gratuito en www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar; en inglés en *An Introduction to Law,* Londres, Esperia, 2003, con prefacio de Spyridon Flogaitis, director del Centro Europeo de Derecho Público.

[39] Jiménez Castro, Wilburg, *Préstamos y programas de ajuste estructural*, San José, Costa Rica, EUNED, 2000, p. XIX.

[40] Por supuesto lo de quiebra soberana es una traducción del inglés, donde *Sovereign* se usa como sinónimo de estatal. Un estado quebrado ya no puede decirse realmente que sea plenamente "soberano." El título que citamos en el texto corresponde a un artículo de Sergio Gabriel Ruiz y Carlos Alberto José, publicado en *ED*, 4-III-2003, donde se citan varios antecedentes y proyectos.

[41] Un periodista cuenta sin inmutarse que "Lavagna no duda que el sistema financiero deberá ser compensado por eso con un bono [...] nadie discute la forma final. Serían unos 12 mil millones de pesos que recaerán sobre el Estado, culpable del mal manejo al que fue sometido en los últimos ocho años;" en el mismo artículo critica que a los ahorristas se les devuelvan sus ahorros: Morales Solá, Joaquín, "La Corte, en el peor momento de su historia," *La Nación*, 9-III-2003, p. 29. Un artículo extraordinariamente injusto y desinformado que, sin proponérselo, pone su grano de arena para lo que denomina, en el incidente de Catamarca, "sólo el semblante más patético de la postración institucional." Habría que agregarle que además de todo, ya ni los periodistas serios pueden escribir con equilibrio.

[42] Ruiz y José, *op. cit.*, p. 4.

transformar el país en un coto de caza, en zona liberada, para que esos gobiernos que sabemos elegir actúen a sus anchas con sus sufridos ciudadanos.

No reneguemos de votar, pero pensemos algún grado de resguardo mayor que el de nuestra incumplida Constitución. Estos gobiernos no van a poner suficientes jueces en materia administrativa. Pues si hay suficientes jueces, ¿cómo van a hacer sus negocios? Tenemos que pensar en otros frenos y contrapesos. Eso es lo que estoy proponiendo en este artículo.

7.3. *Los contra argumentos*

Nuestro argumento se contesta de dos maneras —entre muchísimas otras: Una, que consideramos enseguida, "¡Intentemos recuperar la soberanía!;" otra, si esto es "sincerar" la falta de soberanía, entonces "sinceremos" la jornada de 18 hs., el trabajo infantil, etc.

En este segundo punto no creemos que la propuesta sea sincerar la falta de soberanía plena, puesto que proponemos participación europea[43] y norteamericana[44] *minoritaria*. La mayoría de los votos la tendrían siempre los países de la región, los latinoamericanos. En lo que los países de la región estén de acuerdo, la presencia extra regional servirá para una más ardua discusión, pero no afectará la votación.

Cuando veamos luego los resultados de lo resuelto por los latinoamericanos contra la opinión de los europeos[45] y norteamericanos[46] (si estuvieron ambos de acuerdo en el disenso), podremos comparar con los resultados de lo resuelto cuando hubo consenso.

Los resultados se ven pronto, como la devaluación asimétrica y la intervención del Estado en los contratos privados. En este esquema, si nuestro presidente o ministro de economía del momento hubiera propuesto en una mesa colegiada con otros países la devaluación asimétrica y todo lo que la acompañó, todos le hubieran aconsejado no hacerlo así. Si lo hubiera hecho igual, la próxima vez

[43] Quizás no debieran ser aquellos países que con los que hemos tenido o tenemos mayores conflictos a través de la historia, como Francia (el escándalo de Aguas Argentinas y otros), España (el escándalo telefónico y el de Aerolíneas), Gran Bretaña (el conflicto de las Malvinas), para que la idea no sea tan resistida en nuestro país. Esto puede ser un entendimiento informal. Pero la cantidad de países posibles es amplia, desde Irlanda; Escocia o Irlanda del Norte (que no son equiparables a Inglaterra en este contexto); Dinamarca, Holanda, Finlandia, Suecia, Suiza, Luxemburgo, Bélgica, Austria, siguiendo por países extraregionales pero igualmente eficaces en administrar su país: Australia, Nueva Zelandia, etc. Se puede pensar en una rotación que asegure un tipo de enfoque sin que se produzca la "latinoamericanización." Y debiera ser condición *sine qua non* que el que integre el organismo deba luego abandonar Latinoamérica y regresar a su país de residencia original al menos por un par de años, para que no le quede la tentación de establecer vínculos o negocios para después, o disfrutar aquí los eventuales resultados de una administración *a la nostra*.

[44] Puede ser EE.UU. o Canadá, es una idea de equilibrio.

[45] Para evitar conflictos, aquellos países que tienen grandes concesiones de servicios públicos en Latinoamérica, o conflictos no resueltos, deberían quedar excusados de participar: España, Francia, Gran Bretaña.

[46] Digo textualmente norteamericanos, o sea tanto un canadiense como un estadounidense.

aprendería a hacer más caso a los consejos de los más prudentes. Porque ahora las consecuencias no las paga REMES LENICOV, las pagamos entre todos y sobre todo la pagan los nuevos pobres y los nuevos indigentes.

Más aún, el propio REMES LENICOV dice que la idea de su gobierno "era pesificar a $ 1,40 todo, sin asimetrías."[47] (Y con dólar libre, por lo tanto no era una mera devaluación general, sino una fijación nominal y abstracta de un tipo de cambio inexistente en la realidad.)

Eso ya era inconstitucional, pero parece que los interesados que tenían influencia y diálogo sectorial con el gobierno querían beneficiarse más aún (a espaldas de la opinión pública, sin audiencia pública ni debate público, ni intervención del Congreso de la Nación): "Pero los sectores de la producción […] clamaron […] Los bancos, con alguna excepción, se plegaron al sector productivo, y el Gobierno acordó entonces fijar la pesificación de 1 a 1 para los créditos."[48] Pretende que produjo "un ahorro fiscal de US$ 15.000 millones" y que "La pérdida quedó así balanceada."[49]

Por supuesto que eso era inconstitucional y que los tribunales así lo habrían de declarar. Cualquier abogado medianamente formado se lo hubiera dicho, si hubieran preguntado. En lugar de ahorrar nada esa decisión desviada le ha costado al Estado, hasta el momento (falta aún la cuenta final, que será más elevada), un tercio más de deuda pública que la existente al momento de tal aberrante decisión, tomada en los pasillos del poder, a pedido y a favor de determinados "lobbys," y en contra de todos los demás habitantes, de la Nación, de los pobres de ese momento y los pobres que en ese acto se crearon,[50] de la economía, de las finanzas, de todos *menos los beneficiarios directos e inmediatos de ese disparate*. La más cabal demostración y pública confesión de la cultura clientelista que arrastramos hace cinco siglos. ¿Es esto un país soberano? No, es un país esclavo de los intereses internos que según el caso le tuercen la mano. Tampoco, obviamente, es un país democrático, al margen de que los que tomaron la decisión tampoco habían sido elegidos por el pueblo para asumir tamañas decisiones. Si le agregamos los días previos del *default* sonriente y aplaudido, es claro qué clase de país tenemos.[51] Ese tipo de dislate,[52] tan latinoamericano, se vería dificultado en un contexto

[47] REMES LENICOV, JORGE, "Cualquier otra opción era peor," *La Nación*, 7-III-2003, Sección Economía y Negocios, p. 2.

[48] REMES LENICOV, *op. loc. cit.*

[49] REMES LENICOV, *op. loc. cit.*

[50] Nuevos pobres a quienes el sistema impositivo trata como "nuevos ricos:" *El cronista*, 12-III-2003, "Editorial," p. 8.

[51] MONTAMAT, *op. loc. cit.*, dice que estaremos ante "una Argentina inviable: fracturada socialmente, con instituciones débiles, con un Estado quebrado y con inmensos pasivos financieros y sociales;" era ya el juicio adelantado por SHUMWAY, *op. cit.*, p. x. En ese panorama ya parece un mero detalle que entre febrero de 2002 y febrero de 2003 la inflación de precios minoristas es del 43,6% y la de precios mayoristas del 84%: "Editorial," *El cronista*, 12-III-2003, p. 8.

[52] MONTAMAT habla del "bochorno de la pesificación asimétrica," *op. loc. cit.*

racional. Nadie podría haberle dicho sensata y públicamente que lo que hacía estaba bien. En mi esquema, tal vez no hubiera ocurrido.

8. *Y si la recuperamos?*[53]

Algunos se preguntarán, ¿por qué no hacer el intento de recuperar la soberanía perdida o disminuida? Este es el problema de la actual globalización e internacionalización del derecho y del mundo.[54] No existe objetivamente lugar para el retroceso de la historia, si uno quiere actuar en el mundo.

Es un precio que ya hemos pagado y pertenece al pasado. En algún caso son progresos que debemos agradecer, como todos los tratados sobre derechos humanos,[55] corrupción,[56] terrorismo, etc., con más los órganos supranacionales de aplicación de tales tratados.[57] Están incorporados a la constitución desde 1994, en el cambio cualitativo más importante que ella ha tenido en su historia. Más aún,

[53] Doloroso como es, me hace recordar a las Islas Malvinas. La folletería del Senado de la Nación lleva la inscripción "Las Malvinas han sido, son y serán argentinas." Comparto que lo han sido. Confío en que lo vuelvan a ser. Pero no parece ser una afirmación con sustento fáctico suficiente decir que también *lo son, ahora.* No hemos podido recuperar las Malvinas en 150 años de historia, no solamente por culpa de los ingleses o los malvinenses, también por culpa de nosotros que no supimos crear las condiciones para que quisieran vivir con nosotros, ni para que el mundo decidiera que debíamos recuperarlas, y cuando recurrimos a la fuerza armada ya se sabe cómo terminó la historia.

[54] Ver nuestro trabajo "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," *LL*, 1995-D, 277, nota al fallo de la CSJN, *Cafés La Virginia,* reproducida en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999.

[55] Ver nuestros artículos "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno," *LL*, 17-IV-1990; reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1990, 1ª ed., actualmente 4ª ed., 1999; "Un día en la justicia: Los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional," *LL*, 1995-E, 988, reproducido, con modificaciones, bajo el título "Los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución," como cap. IX del libro *Derechos Humanos*, *op. cit.*; igualmente reproducido en ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.; "Las fuentes supranacionales del derecho," en AA. VV., obra colectiva de homenaje al Profesor MIGUEL S. MARIENHOFF, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. I, p. 241 y ss.

[56] Ver nuestros artículos "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091, reproducido, con modificaciones, en la conferencia "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-119; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV-1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)", en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, Mar del Plata 2000, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

[57] "La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional," *Cuadernos de Fundejus*, año 3, n° 3, Buenos Aires, 1995, p. 23 y ss., reproducido en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 265 y ss.; reproducido, con variantes, en "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales," nota al fallo *Giroldi*, en la revista *Régimen Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 215, 1996, p. 151 y ss.

el cambio es de tanta importancia que por momentos nos inclinamos a hablar de la Constitución de 1994, no la de 1853 y sus modificaciones.

En otros casos podemos pensar que hemos recibido muchas y malas exigencias de los organismos que nos prestan. Si no tenemos, si no hemos tenido nunca, la fuerza moral para vivir de lo nuestro y no de prestado,[58] no podemos pedir que no nos pongan condiciones de cobrabilidad al pedir dinero. Nunca hemos ignorado, además, que nos sometíamos a la legislación y jurisdicción externa en los contratos de crédito externo;[59] o dicho de otra manera, no lo ha sabido quien no haya querido saberlo.[60]

Hemos advertido del tema repetidamente y desde antiguo.[61] Ahora, cuando debemos más de trece veces y media nuestro presupuesto anual, y todavía seguimos pagando el gasto social de millones de personas en los "Planes Trabajar" con nuevos préstamos externos del Banco Mundial, incrementando así constantemente la deuda externa, no vemos cómo alguien puede pensar que sea fácil salir por los caminos tradicionalmente recorridos. Son ellos los que nos han traído hasta este punto de nuestra historia. Es hora de cambiar.

No somos un deudor serio ni confiable, mucho menos cuando luego que un presidente y un Congreso festejan y aplauden el *default* nacional, el siguiente devalúa asimétricamente, confisca los depósitos bancarios y hasta las cajas de ahorro, interviene asimétricamente en los contratos privados, etc.

9. *"Europa y EEUU nos han hecho siempre daño"*

¿Qué esos países nos han hecho siempre daño?

[58] La tesis conspirativa va más allá y considera que siempre se hizo *ex profeso*, por los negocios que supuestamente acarrea, pero esto se lo carga solamente a los gobiernos conservadores, no a los gobiernos que llama "populares." Quedaría por preguntarle qué piensa de los gobiernos populistas: GALASSO, NORBERTO, *De la banca Baring al FMI. Historia de la deuda externa argentina*, Buenos Aires, Colihue, 2002. Es el primer trabajo completo que conocemos sobre el tema, aunque demasiado cargado de tintes políticos. Ojalá le sigan más estudios completos, que mejor ayudarían a entender la historia del país.

[59] Lo hemos explicado en "El contrato de crédito externo," en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, 97: 423-449; reproducido en el libro *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226; reproducido también como cap. IV del libro *Después de la Reforma del Estado,* Buenos Aires, FDA, 1996 y 1998.

[60] Es, por supuesto, la antigua advertencia bíblica, que viene desde ISAÍAS: "Oír, oiréis, pero no entenderéis; mirar, miraréis, pero no veréis." También SAN MATEO, VI, 2, 13:9: "El que tenga oídos, que oiga." Va de suyo que la referencia bíblica no se refiere a estos temas terrenales, pero es la constatación de un hecho constante: Los que escuchan de verdad y los que no lo hacen, o no lo registran, o no lo quieren entender.

[61] En un artículo reciente recordamos todo lo que desde antaño venimos advirtiendo sobre el tema de la deuda externa. Ver "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.

Si lo admitimos,[62] ¿acaso es bueno mantener los mecanismos de relacionamiento internacional en lugar de buscar otros nuevos?

En los últimos tres años América Latina ha tenido un desarrollo menor al de África en el mismo período,[63] y muchísimo menor que el de los países subdesarrollados de Asia.[64] Dicho en otras palabras, dentro del conjunto de los continentes subdesarrollados, estamos caminando atrás de todos. *Transparency International* dice que en 2002, sacando Chile, nuestro continente supera al África en corrupción.

Es hora de que hagamos sonar los timbres de alarma en nuestro cerebro y nos pongamos a pensar de nuevo. Sí, también hay cosas de qué alegrarse.[65] Pero este es un momento de preocuparse constructivamente. También podríamos "alegrarnos" con una buena borrachera, pero luego viene siempre la resaca del día después. No hagamos para la mente recetas que no haríamos para el cuerpo, salvo en instintos suicidas.

10. *Qué esperamos, qué imaginamos*

¿Por qué representación minoritaria europea y norteamericana en el proceso de integración supranacional? Porque es un mecanismo probado y experimentado con éxito hace mucho tiempo en diversos organismos, en particular en los tribunales administrativos internacionales,[66] que si bien solamente resuelven cuestiones de empleo público entre los empleados de la organización y ésta, muestran la eficacia de ese procedimiento de integración.[67]

[62] Concedo el punto tan sólo *arguendo*, pues no creo que una generalización tal pueda ser válida. O sea, creo que no es cierto pero aunque lo fuera igual mi razonamiento se mantiene en pie.

[63] FRAGA, ROSENDO, "La africanización de la Argentina," *El Cronista*, 18-II-2003, p. 8.

[64] FRAGA, *op. loc. cit.*

[65] El constante progreso en el sistema jurídico y social en materia de tutela de los derechos de los consumidores, que ya mencionamos al comienzo. De todos modos, también hay nubes más amenazadoras todavía en el horizonte, como que la debilidad e ineficiencia de nuestros estados pueda atraer hacia América Latina a Al Qaeda: Ver WEBB-VIDAL, ANDY, "Al Qaeda se mudaría a América latina," originalmente publicado en el *Financial Times*, traducido y republicado en *El cronista*, 5-III-03, p. 7. Si ocurriera, quedaríamos como Afganistán o Irak, para la óptica internacional. Así que no tengamos tanta complacencia de que no vamos a participar en nada de esas operaciones, queda la remota posibilidad de que seamos el *objeto* de ellas, si continuamos sin despertar de la larga siesta.

[66] Esta es la denominación oficial, porque son tribunales que entienden en los conflictos de las organizaciones supranacionales o internacionales con su personal. En algunos casos el organismo es realmente internacional, como la ONU o el FMI, en otros es regional con participación extra regional, como el BID, la OEA, etc. Para mayores referencias nos remitimos a los trabajos citados en la nota siguiente.

[67] "La justicia administrativa internacional," en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, *RAP*, año XIX, n° 223, p. 5 y ss.; reproducido en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado,* Buenos Aires, FDA, 2000, 4ª ed. (e igualmente en las ediciones posteriores, colombiana, venezolana, peruana y brasileña), cap. XVI; ver también, más recientemente, nuestro artículo "Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales," en *LL*, 2002-F, 1540-8; reproducido en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002, pp. 285-98. Hemos explicado el funcionamiento de estos tribunales también en nuestra *In-*

La futura Corte Interamericana de Justicia debe estar integrada por presidentes de las Cortes Supremas nacionales y una minoría europea y norteamericana. Estoy realizado en mi país y tengo solamente la ciudadanía argentina: En lo que postulo no puedo entrar, no me estoy proponiendo de "candidato:" Estoy dando simplemente el fundamento empírico de la propuesta.

En tales tribunales administrativos internacionales de vez en cuando aparece algún norteamericano[68] o europeo mediocre;[69] pero es la excepción y el sistema finalmente lo exfolia. Mucho más común en cambio es que el norteamericano[70] o europeo que manden sea de excepcionales cualidades, con cuya mera presencia se aprende y se mejora, hasta por ósmosis.

A su vez, de los latinoamericanos no siempre va nuestra mejor gente, sino la gente mejor conectada con el gobierno de turno. Pero también se nota y también el sistema presiona para su exfoliación.

¿Qué se valora en esos ámbitos? La fuerza de las convicciones, trabajar bien, estar a tiempo, cumplir con el deber, no hacerse el vivo, tratar de aprender de los demás, tratar de consensuar, tratar de hacer justicia, no avivarse con la liquidación de gastos, etc.

En estos tribunales la presencia europea y norteamericana es mínima. Pero basta para que se discuta de manera diferente; el nivel de discusión es más alto, humana y espiritualmente hablando, que el que uno tendría en situaciones similares en un país subdesarrollado. Hay cosas que son impensables en un contexto desarrollado, normales en uno subdesarrollado.

El contexto, créase o no, ya lo da una minoría, si es buena, de representantes norteamericanos[71] y europeos: Porque encuentra otra minoría, entre los representantes de los países subdesarrollados, con los cuales hacer mayoría. *Mutatis mutandis*, es lo mismo que el juego de la votación en el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: Mayoría y minoría tanto de profesores como de egresados y alumnos produce alquimias extrañas.[72]

troducción al derecho, cap. II, edición en Internet (www.gordillo.com) y en inglés *An Introduction to Law, op. cit.* Los distintos trabajos que mencionamos son complementarios; su lectura puede dar una mejor idea de la organización y la dinámica de estos tribunales.

[68] Como ya aclaré antes, empleo el término en su significación real y no coloquial.

[69] Adviértase que digo mediocre, no malo. Los latinoamericanos nos ocupamos de aportar estos últimos, aunque también a veces mandamos buenos o mejores.

[70] Estadounidense o canadiense.

[71] Ver las aclaraciones anteriores sobre el vocablo utilizado.

[72] Mi nombramiento como profesor adjunto interino de derecho administrativo en 1960, en la Facultad de Derecho de la UBA, fue producto del voto de la minoría de profesores, la mayoría de graduados y la mayoría de alumnos. La mayoría de profesores, y la minoría de graduados y alumnos votaron en contra de mi nombramiento. Algunos de los que votaron en contra revieron luego su opinión y me lo dijeron, dándome las reales razones. El argumento aparente: que yo era menor de edad y no podía "legalmente" ser profesor. Pero esto es lo mismo que leer una sentencia: No es por su texto que se la entiende, es por su contexto. Ya en aquel entonces había gente a la cual mis ideas no le gustaban. El tiempo cambia mucho, pero no todo. Empiezan a gustar un poco mis ideas viejas, pero las nuevas siempre reciben un rechazo inicial y frontal.

El contexto también lo da el conjunto de los empleados y demás funcionarios de la organización, cualquiera sea su nivel o su origen nacional. Más los diarios, la televisión, la sociedad. Es otra sociedad, otro medio, otra organización, otros parámetros, otro marco conceptual.

Estoy feliz en mi país,[73] con todos sus defectos (aunque muchos jóvenes siguen emigrando a países desarrollados), pero creo que hay margen para que mejoremos la cultura, los hábitos, o como queramos llamarlos. No más todavía de LACAN, FREUD, MARX, BAUDRILLARD, POPPER, KELSEN, KANT, sino ocuparnos de la escuela de los chicos, ocuparnos de la Universidad, no tirar papeles en la calle, pagar los impuestos, no festejar ni tolerar las ilegalidades que otros cometan, no cometerlas nosotros, defender nuestros derechos en las vías apropiadas y no por la violencia. Cumplir con la palabra, cumplir las obligaciones, no decir lo que no vamos a hacer, no engañar al otro, llegar a tiempo, contestar cartas, *mails* y llamados por teléfono, hacer las cosas lo mejor que podamos. Ejercer control social sobre los incumplidores, hacerles sentir que no nos hace felices ni nos pone contentos verlos violar la ley, enriquecer su patrimonio con la corrupción, tantas cosas más. Debemos tener sanción social, como mínimo, para todas las infracciones y todos los delitos.

Creo que lo mejor es que nuestros representantes (presidentes o sus ministros; presidentes de cortes supremas nacionales, etc.) viajen constantemente a un país desarrollado[74] para discutir y votar cada tema, cada vez, con al menos una minoría europea y norteamericana; en un país donde deban cumplir todas las reglas menores de que estoy hablando.

El resultado al mediano plazo, está sustentado empíricamente, es la hipótesis del mejoramiento de la calidad de nuestros dirigentes. Por eso digo que es un *on the job training,* entrenamiento en servicio.

Por eso mi propuesta. Pensemos otras. Consideremos las alternativas.

11. *Apéndice en época de elecciones*

Después de haber escrito las primeras versiones de estas ideas, un colega y amigo me acerca reflexiones de Perón[75] que en definitiva adelantan algo de lo mismo, salvo la propuesta de integración minoritaria europea y norteamericana.

[73] Pero me angustia ver cómo todos los indicadores sociales están cada vez peor, la criminalidad sigue en aumento y ya no se diferencia demasiado de la corrupción pública y privada igualmente en aumento. Todo lo que está mal, evoluciona para peor. Si digo que estoy feliz y realizado a nivel individual, no puedo en cambio decir que esté contento de que mi país ostente estas realidades con las cuales convivo diariamente.

[74] Cualquiera, da lo mismo. Puede ser Canadá, Australia, Escocia, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Holanda, Luxemburgo, Irlanda, si a alguien le producen escozor las potencias tradicionales como Estados Unidos, Francia, España, Alemania, Italia, Inglaterra, lo que sea. Pero importa cambiar de medio, de contexto.

[75] Que la justicia impide a todos los partidos invocar, por ser ya demasiados los que dicen seguirlo. Yo hago al revés, no lo sigo pero lo cito. ¿Ayudará a mi artículo?

En un discurso de 1973[76] el presidente dijo: "El problema del mundo futuro hoy no es el problema de los países, es el problema de la Tierra;" los hombres "durante siglos han muerto por millares luchando por defender una frontera que sólo estaba en su imaginación. En los países ya integrados continentalmente las fronteras han perdido todo su valor." "La nueva historia es la historia de las grandes organizaciones continentales." Estaba también su más conocida frase: "El año 2.000 nos encontrará unidos o dominados."

La respuesta la sabemos. El problema sigue siendo, como entonces, ¿qué hacemos?

Agradecimientos y Desinteración

1. *La norma*

Quiero agradecer en primer lugar muy especialmente a la Asesoría General de Gobierno en la persona de su titular por esta gentil invitación que me permite el placer de estar con ustedes. Y agradecerles también la paciencia de escucharme en un tema que, estrictamente, no es de Derecho Administrativo, aunque la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros, ley 25.319, incluye al ámbito local. Se trata, como es obvio, de derecho penal sustancial, Este tratado se inscribe en una serie que comienza antes con la Convención Interamericana contra la Corrupción[77] y se continúa después con la Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional, ley 25.632. Todos estos tratados contemplan delitos o hechos contra la administración pública en los cuales la supranacionalidad de la norma es la nota dominante,[78] como así tam-

[76] Fue el 25-X-1973, en la Confederación General del Trabajo. Se encuentra en el libro de José María Roch y Carlos E Hurst, *Discursos de Perón*, San Isidro, Megafón, 1987, pp. 103-4.

[77] Ver nuestros trabajos "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL,* 1997-E, 1091 (reproducido, con modificaciones, en la conferencia "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-119); "La contratación administrativa en la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales" (Ley 25.319) y en la "Convención Interamericana contra la Corrupción," *JA*, número especial de derecho administrativo del 20-XII-01.

[78] Ver también nuestros trabajos "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," *LL,* 1995-1), 277, nota al fallo de la CSJN, *Cafés La Virginia*, reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999; "La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional," *Cuadernos de Fundejus*, año 3, nº 3, Buenos Aires, 1995, p. 23 y ss. (reproducido en el libro *Estudios Jurídicos* en Memoria de Alberto Ramón Real, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 265 y ss.; reproducido, con variantes, en "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales," nota al fallo *Giroldi*, en la revista *Régimen Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nº 215, 1996, p. 151 y ss.); "La justicia administrativa internacional," en la *Revista Argentina de Régimen de la Administración Pública*, *RAP*, año XIX, nº 223, p. 5 y ss.

bién la expresa admisión de la jurisdicción extranjera. Son parte inequívoca de la creciente tendencia hacia la internacionalización del derecho y su aplicación.[79]

2. *El por qué de la norma*

2.1. *Un ejercicio mental*

Les voy a proponer varios ejercicios mentales, para que me ayuden a tratar de trasmitirles qué es lo que yo veo en esto. Supongamos primero, que tienen ustedes algunos ahorros y se los pedí prestados. Me los han confiado y hemos garantizado esta deuda con algún documento de los usuales, o alguna hipoteca, o algún pagaré. Yo no puedo pagarles y esto me quita el sueño. Entonces siguiendo el viejo chiste les aviso: No puedo pagar. Ahora son ustedes quienes pierden el sueño, ¿y mis ahorros? Y, no puedo pagar. Me esperan un tiempo, buscan alguna solución transaccional, me dan más plazo, me financian los intereses que pasan a aumentar la deuda. Pero ustedes, tranquilos no están. Además saben perfectamente que tengo un pariente que cada tanto me dice: no les pagues nada. Ustedes se ponen nerviosos y finalmente, si son un país o una organización, le dicen a los abogados: "Ocúpense."

Cuando entran sus abogados a trabajar, están pensando en los intereses de ustedes, no en los míos. Están pensando en el acreedor, no en el deudor. Y le tratan de dar a su cliente, ustedes, el mejor consejo que puedan, a fin de que recuperen tanta plata como puedan de este mal deudor.

Dentro de esa idea, vienen las famosas presiones extranjeras de todo tipo:[80] Gasten menos, cobren más impuestos, ahorren más, reduzcan el aparato del Estado, vendan todo.[81] Todo esto lo venimos haciendo: Hemos vendido todo, reducido el aparato del Estado, aumentado los impuestos, gastado menos, quizás se pueda todavía hacer un poco más, pero pareciera no alcanzar.

Entonces los abogados se preguntan ¿qué hacemos con esta gente?[82] Una de las respuestas es: Que roben menos.

[79] Entre otros, ver nuestros cap. II y III del libro colectivo *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed.; cap. VI de nuestro t. 1, *Parte General*, del *Tratado de derecho administrativo*, 6ª ed., Caracas, FUNEDA y FDA, 2001.

[80] "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional en Universidad Austral," *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss. (Reproducido como cap. VIII del libro *Introducción al derecho*, edición como e-book gratuito en www.gordillo.com)

[81] Algo comentamos al respecto, aunque incidentalmente, en nuestro artículo "La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)," *ED,* 30-XI-01; editado y reproducido en la *Revista de Estudios de Derecho Público*, *REDEP*, Querétaro, FUNDAp, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2001-1, número especial a cargo de Nava Negrete, Alfonso y otros (coord.), *Justicia administrativa en México y en Iberoamérica*, pp. 205-226.

[82] Hay otras variantes, como las que explicamos en nuestros arts. "Primero: Crear el Banco Central Interamericano," en *LL,* 25-VII-2002, pp. 1-2; "G-8, UE, FMI, Argentina," en *LL,* 12-VIII-

Así viene la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fue la que expliqué en este mismo lugar, hace tres años, en 1997, que es la ley 24.759. Esa Convención interamericana contra la corrupción nació en una reunión de presidentes de América, que se hizo en Miami en 1995. Imagino fácilmente que alguno de nuestros acreedores importantes, dijo allí a los deudores: hagan algo, entre otras cosas, esta convención; y cuatro meses después estaba hecha, y poco tiempo después sancionada. Demoramos bastante depositar el instrumento en Washington, que era una de sus condiciones para su entrada en vigencia. Pero cuando se aproximaba la visita de CLINTON nos hicieron acordar y antes que llegara se depositó el instrumento de la Convención Interamericana contra la Corrupción y entró en vigencia.

Como los abogados no tienen mucha confianza en nosotros, ya estaban trabajando en la siguiente Convención, que en diciembre del año siguiente se firmó en Francia. No ya interamericana sino internacional. El nombre abreviado es Convención contra el Soborno Transnacional. El título formal es largo; lo voy a leer solamente para que quede grabado: "La lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales." Brevemente, soborno trasnacional o cohecho trasnacional. Esto se firmó en París en la OCDE en el '97. Hubo cinco países no europeos que las firmaron también. Uno de ellos, empezando por orden alfabético, fuimos nosotros, Argentina es signataria originaria de esta convención internacional. Hemos tardado un poquito, pero este año me imagino que en alguna de las visitas nos habrán dicho: ¿Y qué pasa con la otra? Bueno, ahora está aprobada por ley. Seguramente va a tardar un tiempo en depositarse. En otra visita: ¿Y qué pasa con el depósito? Se depositará y entrara en vigencia para nosotros también. Así funciona el derecho internacional, nos guste o no.[83]

Como ya nos conocen un poco más, hay artículos que dicen que aunque no esté en vigencia, uno sólo puede decir que para él está en vigencia. Con lo cual, imagino que si nos demoramos dirán: incluyamos en la lista de exigencias, que digan que ya está en vigencia. O sea yo no apostaría, no apuesto a que esto no se va a aplicar.

2.2. *Un segundo ejercicio mental*

Veamos este cenicero: Uno está acostumbrado a verlo con la boca para arriba, como se utiliza siempre. Yo les propongo que veamos dado vuelta, boca abajo: El cenicero sigue siendo el mismo. Les pido el esfuerzo de cambiar el enfoque,

2002, pp. 1-3; "Introducción," en el libro de MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I,* Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 11-19.

[83] Nos remitimos a "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional," en Universidad Austral, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público,* Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. VIII del libro *Introducción al derecho,* ed. como *e-book* gratuito en www.gordillo.com

porque así van a entender por qué este cenicero está hecho. Esta Convención contra el Soborno Trasnacional, lo mismo que la Corte Penal Internacional o la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, no está hecha para que la apliquemos nosotros. Está hecha para que nos sea aplicada a nosotros, esto está muy claro cuando la leen.

Claro, no puede decirlo con esta crudeza con que yo lo digo, "esta es una ley para aplicarles a los argentinos," sería indecoroso. Entonces ponen que es para las dos partes, ellos y nosotros por igual. Y entonces, dice concretamente que se refiere al soborno de un funcionario público extranjero. Cada vez que habla del funcionario público, es el extranjero. Se refiere siempre al funcionario público extranjero. O sea un norteamericano que detenemos acá o un argentino que detienen allá, porque está de paso o porque lo extraditaron.

2.3. *El contexto externo*

Recuerden (yo lo mencioné acá en el '97),[84] todo lo que está pasando en Derechos Humanos.[85] Primero estuvieron las convenciones que expresamente prevén las jurisdicciones extranjeras, la de la tortura, la del genocidio y ya se empieza a hablar de crímenes de lesa humanidad, que abren la jurisdicción internacional. Donde no intervenga la Corte Penal Internacional, actúan los tribunales extranjeros. Recuerden el caso Pinochet. En fin, eso está avanzando en el mundo.

Entonces, la idea de estas convenciones es juzgar en otros países a los funcionarios públicos extranjeros, digamos en este caso argentinos, nacionales, provinciales y municipales —no se salva nadie que incurra en alguna de estas conductas. Tengo un amigo penalista, con el cual nos divertimos recíprocamente, discutiendo superficialmente, por eso digo que somos amigos. No es una discusión profunda, entonces yo lo chanceo a él con el derecho penal y él a mí también. Yo le digo a él: "Esta convención y este derecho penal de la convención no es para que lo apliques vos. Esto ni lo vas a ver. Esto, le digo, lo van a aplicar, por ejemplo, los jueces americanos." "¿Los jueces americanos? Si no saben nada de Derecho Penal." "Ya sé que no saben nada del Derecho Penal *tuy*o, que es el que a mí me enseñaron en la facultad, de *ese* Derecho Penal no saben. Saben el Derecho Penal *de ellos,* que es distinto." "Y sí, pero es una porquería. Mirá el caso "Alvarez Machain." "Sí, justamente de eso quería hablarte." Lo mencioné acá hace tres años.

El caso recibió acá, en el país, por lo menos diez notas adversas, terribles. Acá no hay un solo argentino que no haya dicho que es un disparate lo que ha hecho la Corte de Estados Unidos. Yo, como no sé penal, estoy más tranquilo, digo: ¿Será

[84] "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-119.

[85] "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno," *LL*, 17-IV-1990; reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1990, 1ª ed., actualmente 4ª ed., 1999.

un disparate? Concretamente un agente de la DEA, *Drug Enforcement Adminístiation,* estaba en México cumpliendo sus funciones, persiguiendo el narcotráfico y lo detuvieron ilegalmente en México, lo torturaron bajo control médico, para que durara lo más posible bajo la tortura, hasta que finalmente se murió, seguramente por impericia del médico que no dijo: paren, paren que se nos muere. Los americanos mandaron, entonces, un grupito de tareas, no de los nuestros, de los de *ellos.* Se fueron a México, lo capturaron a este *Alvarez Machaín,* se lo trajeron a Estados Unidos y ahí inventaron un principio jurídico que llegó hasta la Corte. Le ponen nombre latín, costumbre americana dado que, por supuesto, no existía en Roma, es de ahora: *male captus bene detentus.* Qué quiere decir esto? "Sí, en verdad lo capturamos mal, pedimos perdón, somos una desgracia. Pero sabe Ud. que acá, en los Estados Unidos, ahora está bien detenido porque acá va a tener el debido proceso, la garantía de juez imparcial e independiente, múltiple revisión judicial, asistencia letrado gratuito. Así que no se preocupe, pedimos disculpas, lo capturamos mal; pero está bien detenido."

Esto, Estados Unidos lo hace. No lo hace todos los días, pero lo hace de vez en cuando. No sale en todos los diarios, pero de vez en cuando sale. Ocurre incluso con países con los que no tienen relación diplomática. Cuando investigaron el primer atentado en las *Twin Towers* encontraron que dos de los terroristas se hallaban en territorio de Irán. Pues bien, los servicios hablaron con los servicios y le dijeron bueno, "¿quieren más líos todavía o me dan a estos dos?" "Y bueno, se los damos." "¿Cómo hacemos?" "¿Ven el pueblito ese que está a cinco kilómetros de la frontera dentro de Irán? Lo llevamos a ese pueblito, Uds. vienen a buscarlo y se los llevan. Así es, o sea, voluntariamente. No es una incusión violenta en territorio extranjero contra la resistencia armada del país. No. Un pequeño equipo cruza la frontera, los captura, los trae de vuelta *male captus, bene detentus* a Estados Unidos. Están presos, condenados.

2.4. *El contexto interno*

Esto se practica bastante y si bien ya lo dije, quiero recordarlo, nosotros hacemos lo mismo, no nos creamos los angelitos. La gente que vino de Brasil voluntariamente, la fue a buscar la SIDE y la trajo. Y le dijeron: "¿Cómo quieren volver a la Argentina, con las esposas puestas o sin las esposas?" "Yo pre ero sin as esposas." "Viene entonces por su voluntad." "Sí, sí, voy por mi voluntad." Y lo trajeron. Asumiéndolo nacionalmente, lo trajimos.

A *Gorriarán Merlo lo* trajeron de México de la misma manera. Lo hablaron por supuesto de servicio a servicio, "Mirá vengo a buscarme a éste, me lo llevo;" "Sí, llévatelo, es tuyo." Fueron amigablemente, viene para acá *male captus bene detentus.* Y ahí está en prisión, condenado, bien o mal, no me interesa, pero digamos que hacemos exactamente lo mismo que en Estados Unidos con ALVAREZ

MACHAIN, nada más que allá son francos y acá somos un poquitín hipócritas, porque no reconocemos que hacemos exactamente lo mismo.

2.5. *Continuando el ejercicio mental*

Sigo con este cenicero dado vuelta. Todo el tiempo, la Convención habla de que los Estados partes tienen jurisdicción para juzgar y condenar al funcionario público extranjero. Eso del juez natural es una cosa que viene muy linda de la Facultad cuando lo estudiamos, pero atención, viene dado por normas de derecho. Son normas positivas las que dicen cuál es el juez natural. Esto es una convención internacional de nivel superior que la legislación. En mi planteo creo que es superior a la Constitución también, ese es otro tema. Se podría discutir. Pero digamos, esta convención dice expresamente que juez natural es el juez del otro país respecto del funcionario que en su propio país ha cometido el cohecho, el soborno o como dice por ahí el artículo 70, el lavado de dinero.

El artículo 70, yo se lo dije a mi amigo penalista y me di cuenta que el seguía viendo el cenicero así, o sea le rebotaba y lo entiendo porque esto viola todo lo que aprendimos. Viola todo lo que sabemos. Ahora frente a esto puedo decir: Eso es absolutamente antijurídico, va contra el derecho natural, viola los principios elementales del derecho y lo desconozco, es una convención inexistente. O, si uno es un abogado más modesto, que practica el derecho, dirá: Bueno, cambió la cuestión, es distinto ahora. Es distinto y es un tratado internacional y en todo caso no es problema mío porque lo va a aplicar otro país, va a ser un juez de otro país el que va a decidir qué hacer con mis funcionarios.[86] Porque el artículo 70 —está claro en toda la convención ya es directamente didáctico, "...sin tener en cuenta el lugar en que ocurrió el cohecho," o sea, la— idea de esta convención es: Si hay un cohecho acá, este funcionario púbico nacional, visto desde Estados Unidos, es un funcionario público extranjero y sin importar donde hubiera ocurrido el hecho, lo van a juzgar allá, en Estados Unidos. Esta es la idea. Y digo Estados Unidos porque es al que siempre le tiramos todas las culpas.

Este tratado, digamos la verdad, es de países desarrollados para países deudores, es de acreedores para deudores. No está de moda mandar las cañoneras.

[86] Claro, en los casos en que los oficios no se hacen a satisfacción de tribunales extranjeros, Suiza por ejemplo no informa de las cuentas secretas de nuestros ex funcionarios en dicho país. Pero Suiza ofreció hacer un cursillo gratuito, pagado por ellos, para los jueces penales argentinos a fin de enseñarles a hacer los exhortos conforme la legislación suiza. Con error de óptica, los jueces argentinos parecen ofendidos y se dice que no harán el cursillo. De todas maneras, mientras tanto los ex funcionarios tienen que contratar abogados suizos que para que les defiendan allá de los exhortos argentinos y sus mandantes saben bien que no es muy conveniente para su libertad de locomoción visitar la casa matriz donde tienen sus ahorros. Estos pequeños casos de exhortos mal hechos son una demostración más de la *ratio iuris* de estos tratados que prevén la jurisdicción penal extranjera. Como dijo O'NEILL, ellos no están muy contentos de prestarnos dinero que a su juicio parece que a menudo termina en cuentas suizas.

Está de moda aplicar estas nuevas normas de lo que podríamos llamar, si quieren, un nuevo Derecho Internacional.

Hasta el sistema de entrada en vigencia tiene esa, yo diría, franqueza y sinceridad que tienen en otras partes del mundo. Porque entra en vigencia no por cantidad de partes que lo firman, sino por el monto del producto bruto de los países signatarios. Ustedes dirán: "¿Pero cómo? Se equivocó el Dr.? No hay equivocación, lo que hay es un anexo donde tienen estadísticas de exportación. Es de la OCDE, porque son la base para determinar la entrada en vigencia y aparecen, por cierto, los primeros diez países. Dice diez países principales que representan, sobre el 100% de las exportaciones de la OCI), en el orden del 81 %. Son diez, son todos, luego vienen los chiquitos España, Suiza, Suecia, en el orden del 2%; México aproximativamente 1,9%, después baja Australia, Dinamarca, Austria, Noruega, Irlanda, Finlandia, 1% y algo más, después vienen Polonia, Portugal, Turquía, más o menos el 0,6-04%; Nueva Zelanda, República Checa, Grecia 0,3-0,2%, Islandia 0,1%, la Argentina no figura por supuesto. No figura.[87] El Fondo Monetario Internacional tiene este esquema de votación, pero por los aportes al Fondo. Las proporciones son más o menos las mismas. No sé si esto es casual o no. Estados Unidos tiene como parte de las exportaciones el 20 %, como parte de aportes al Fondo Monetario, tiene el 20 % y tiene el 20% de los votos. La Argentina, que también es aportante al Fondo, junto con varios países más, no llega al 0,1%, o sea habremos puesto dos monedas, pero así es como votamos, por las dos monedas que tenemos.

Entonces, cuando la Convención se refiere al funcionario público extranjero, nos permite juzgar en el país a aquel que resulte apresado. Tal jurisdicción la tenemos no sólo por este tratado, sino por otro antiguo instituto del derecho internacional que el nuevo derecho internacional obliga a desempolvar. Primero: Que hay un artículo en la Constitución, hoy es el 118, que prevé la jurisdicción internacional argentina, por el derecho de gentes. Tenemos por nuestra propia Constitución jurisdicción sobre hechos acaecidos fuera de nuestro territorio. ¿Cuáles son? Son aquellas cosas que quedaron un popo olvidadas. Recordémoslas primero. En los siglos XVI, XVII, XVIII, se fueron creando aquellas cosas que las teníamos como historia, pero parece que no es tan historia. Teníamos la esclavitud, derecho contra los crímenes contra la humanidad, crimen de lesa humanidad, se fueron agregando algunas cosas, la trata de blancas y fue quedando en el olvido. Pero resulta que en este siglo que pasó, se agrega de pronto el genocidio. Ntiremberg es una prueba de ello. Luego en 1983 se agrega en un dictum de un fallo de la Corte Internacional de Justicia, el apartheíd. Y están

[87] Sí figura en cambio, en lugar muy destacado, en las percepciones externas de cuánto soborno hay en nuestro país. Eso lo sabemos nosotros y los saben ellos, tanto que el Financial Times de fines de 29-VIII-2002 denuncia en primera plana que algunos senadores argentinos le habrían pedido sobornos a bancos extranjeros para protegerlos contra leyes que están pensando dictarles en su contra... mientras estamos en default!

todos de acuerdo los internacionalistas en que los delitos —y fíjense lo que voy a decir— los delitos de ¡esa humanidad se crean por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia. No está la norma mencionada como una de las fuentes de los crímenes de lesa humanidad. Sin duda que finalmente va a caer en una norma, pero no apuesten a que tiene que haber una norma para que algún tribunal extranjero o internacional diga este es un crimen de lesa humanidad. Lo digo porque hay autores nacionales, como el distinguidísimo internacionalista Julio Barberis, que dice que el narcotráfico está naciendo como crimen de lesa humanidad. El lo pone en latín In statu nascendí, todavía no es, pero ya a él le parece que va a ser pronto un crimen de lesa humanidad y la Convención Interamericana contra la corrupción que es la que hablé hace tres años y que tengo acá también, tiene un preámbulo muy explicativo.

A los preámbulos uno no les da mucha importancia, pero dan un sentido. El preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción dice expresamente que la corrupción está ligada a varios de los fenómenos que son flagelo de los Estados. Hoy en día, entre ellos, menciona el narcotráfico.

Ustedes pensarán que es un poco exagerado vincular narcotráfico y corrupción. Si es un poco exagerado está en la norma. Lo vamos a declarar inconstitucional por desproporcionado, por carente de sustento fáctico. La verdad, es que está bastante bien explicado porque dice, además, que estos fondos que se detraen de la sociedad para ir a fines ¡lícitos son fondos que se privan a la sociedad para el cumplimiento de los fines sociales del Estado, es decir, lo que se va en sobornos es plata que no se puede dar en ayuda social. Esto lo dice no AGUSTÍN GORDILLO, lo dice la Convención contra la Corrupción y si está incorporado ahí, junto al narcotráfico, creo que es porque hay varios que están pensando que esto puede ser un crimen de lesa humanidad in statu nascendi, o sea no lo es hoy, pero puede serlo. Pero si nuestra situación de deudores sigue como viene, como parece que va a seguir, yo creo que realmente las medidas que van a recomendar los abogados van a ser cada vez más fuertes en el sentido de que pongamos cada vez más las cosas en orden, para que cada vez más podamos pagar lo que debemos, o no, porque -la verdad- ya a esta altura, no sé si lo debemos o no.

Supongan ustedes que otra vez son esos abogados. Tienen un cliente cuyos ahorros están depositados en unos pagarés en unos papeles de deuda y el cliente pregunta: ¿Cómo hacemos? y ustedes tienen que brindar algún servicio, tienen que darle ideas para ver cómo se cobra eso. Les digo que en los cuarenta y pico de años de profesión que tengo, más o menos he visto cómo funciona el contrato de crédito externo. Antes, eran reservados los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. No eran públicos, era una cosa muy secreta. Como esto permitió que siguientes gobiernos dijeran, ah, yo no sabía nada, entonces ahora se exige que se publique en el Boletín Oficial. Ese es un abogado que dijo que lo publiquen.

Antes había dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, pero después apareció un Procurador del Tesoro que duró 20 días, ENRIQUE BACIGALUPO, gran tipo, pero digamos, creía demasiado en el derecho. El puso que era inconstitucional y que no digamos nada porque todo eso era inválido y que no había en todo caso jurisdicción extranjera. Veinte días duró, lo tuvo que echar Cámpora, lo cual es decir mucho. Un gobierno de izquierda lo tuvo que echar por demasiado izquierdista. Ahora está en la Corte Suprema de España. Como esto ocurre, entonces ahora le piden a la Procuración que por favor tome en su dictamen todos los argumentos posibles que se hayan hecho y los refute uno por uno.

Salen en el Boletín Oficial, por ejemplo, viajes del Procurador del Tesoro de la Nación más el Ministro de Economía. Ese no sale tanto porque va a tantas cosas. Entre otras cosas, va a firmar nuevos pagarés de las nuevas renovaciones de los viejos créditos, pero va también el Procurador del Tesoro o por lo menos se dice que va, para suscribir en la sede en la cual nos dan la plata un dictamen ín situ en el cual dice que ese contrato es una joya, que ese contrato no hace agua por ninguna parte y en el cual explican maravillosamente bien cómo no hay objeción alguna posible que nadie podría imaginar contra ese contrato, a prueba de aire, de fugas de aire. La idea es que cuando alguien decida hacer un juicio en aquellas jurisdicciones por ese contrato para cobrar esa deuda, no le vayamos a oponer falta de jurisdicción, incompetencia, no agotó la vía previa, está todo rebatido en el dictamen y pónganse ustedes en juez del lugar. Hay un dictamen de la más alta autoridad Argentina que dice que ese contrato es una joya, y no va un tipo a decir no, no, es una basura, no, por lo menos el principio de la buena fe hace que eso nos obligue y por lo tanto no tengamos en definitiva defensa alguna que esgrimir.

En ese trabajo de los abogados de los bancos, sobre todo, se incluyen ya desde hace tiempo cláusulas que se llaman cumplimiento cruzado, perdón, de incumplimiento cruzado. Dejo de pagar uno, se consideran que dejé de pagar todos. Al final de cuentas las hipotecas están, dejó de pagar una dos o tres, lo que se ponga, cayó todo el crédito, se lo puede ejecutar todo. Todos sabemos que el acreedor hipotecario no ejecuta todo, trata siempre de aflojar un poco para cobrar, que es lo que quiere, rematar la casa no siempre sirve. Pero lo mismo que hacemos los abogados acá de algún acreedor hipotecario, lo hacen los abogados de los acreedores de allá: Aflojále un poco, renovále esto, pero de paso ponéle una condición más, pedíle esta otra cosa, pedile la otra y esto nos provoca, digamos, una situación realmente de la que es difícil salir.

Estimo que esto se va a aplicar. Hasta ahora, hemos tenido el caso que comenté en aquel entonces, el de la Casa PIANA. Se acuerdan que con el tema de la llamada mafia del oro, había algunos Fiscales tajeados. A la hermana de un Fiscal le escribieron una letra con cuchillo, por supuesto en la frente. Amenazados de muerte, alguno tuvo que renunciar pensando en su familia. No sé si PIANA era o

no era culpable, pero lo cierto es que un día que pasó por Nueva York le dijeron: Señor PIANA, venga, lo estábamos esperando. Porque sabe que por lavado de dinero, porque usted está trayendo acá la plata que ganó mal allá, para nosotros es un delito, y además lo está cometiendo acá, porque lo está lavando acá y ahí está preso PIANA allá. Hemos pedido la extradicción y nos han dicho encantado, en cuanto termine su condena se lo mandamos de vuelta y ahí lo juzga usted. Acá no pudimos juzgarlo, allá lo pudieron juzgar y está preso. Acá no pudimos. En Chile no pudieron en su momento juzgar a Pinochet, lo agarraron en Inglaterra, lo masajearon un poco y bueno, ahora Chile está haciendo lo que puede. No hemos podido juzgar acá a crímenes bastante graves de lesa humanidad, pero sí se han abierto procesos en España, Francia, Italia. En fin, ya tienen abierto procesos en todos los países. Los dictadores sudamericanos ya no pueden ir a Europa ni a tratarse la salud igual que Pinochet. Los sudamericanos y los africanos tienen que empezar a quedarse en su continente y con la intranquilidad de ALVAREZ MACHAIN que no los vengan a buscar, porque si lo vienen a buscar y se lo llevan, nos piden disculpas *male captus vene detentus*. Acuérdense cuando hace ya muchos años vino un comando israelí y se llevó a EICHMANN.

El país, en aquel entonces, era tan imperturbable o caradura como en el 2002, y entonces hizo una protesta internacional. Hay que tener cara de piedra para decir cómo se lo llevan a Eichmann. Pero, por Dios, ubiquémonos un poco sensatamente. Lo cierto es que los judíos se lo llevaron y lo colgaron, y bien que hicieron; nosotros hicimos la propuesta. Hoy en día no daya ni para hacer la propuesta el tema, es que todo esto que nació por los delitos de lesa humanidad va avanzando. Avanzó sobre la corrupción, avanzó sobre el cohecho trasnacional definido entonces en términos prácticos, y con esto terminó por el cohecho cometido en la Argentina por un funcionario argentino. Nada más. Muchas gracias.

Capítulo XI

¿PUEDE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS?[1, 2]

Por Agustín Gordillo

La pregunta es difícil, porque la seguridad jurídica[3] se ha caído del todo con los decretos dictados con confesada y pública desviación de poder (para favorecer a algunos en detrimento de los demás) y manifiesta arbitrariedad, a comienzos de 2002, que cercenaron la confianza pública en los bancos, en las institucio-

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2005-A, 905.

[2] La idea de este artículo tiene al menos dos fuentes externas: Una, la invitación que me cursara Alejandro Carrió para una reflexión sobre la CSJN en la hora actual, en la Asociación por los Derechos Civiles que preside. El contenido tiene su origen en un planteamiento que hiciera Mairal en noviembre de 2003, cuando preveía *a)* un panorama pesimista, que todo siguiera igual, y otro *b)* optimista —al que él adhería—, que las cosas fueran mejorando de a poco. Como suele ocurrir en el país, el pronóstico *pesimista* pecó por corto: Las cosas no se mantuvieron igual, *empeoraron*. (*Infra*, nota 42.) Ver Mairal, Héctor A., "El efecto de la crisis económica en el derecho," 24 de noviembre de 2003, conferencia organizada por la RAP, *Globalización, crisis argentina, reforma de la regulación y seguridad jurídica*, en preparación. El artículo se encuentra en Circular Leter N° 23, en www.revistarap.com.ar. Del mismo autor, "La degradación del derecho público argentino," en Scheibler, Guillermo (dir.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005; otro ejemplo de esa degradación lo da Mairal en el artículo "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en Gordillo (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 4; también del mismo autor, "Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina," en Alanis, Sebastián D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35. Ver también Lorenzetti, Ricardo Luis, "La salida de la emergencia: Recomposición institucional y revisión de los contratos," en el mismo libro colectivo, *El contrato administrativo en la actualidad*, pp. 29-38; Gelli, María Angélica, "La estabilidad de los contratos y la emergencia del default," igual obra, pp. 19-28; Vega, Susana E., "Política, economía y derecho: Las tres dimensiones de la contratación administrativa," igual obra, pp. 153-158.

[3] No basta el capital económico y financiero, hace falta capital social, que requiere confianza en los demás, en el Estado, en la previsibilidad de las instituciones, de las decisiones judiciales, tanto más. No tenemos ni uno ni otro capital, pero sin el segundo no lograremos el primero.

nes financieras en general, en los contratos, en el crédito[4] en la buena fe de la contraparte y especialmente del Estado, en virtualmente todo.[5] Veníamos muy mal en los tiempos precedentes[6] pero hemos logrado la hazaña colectiva de que nos vaya aún peor. No en la Justicia, pues las instancias de grado han hecho un esfuerzo supremo para enderezar la situación en la medida de lo posible, y lo

[4] Aunque sea de Perogrullo, no puede haber crédito si no hay previsibilidad de las decisiones judiciales acerca de los contratos que en tal sentido se celebren. Dos o tres veces acordé en lo sustancial una operación de venta a crédito, solamente para encontrar que estábamos de acuerdo en todo *menos* en el modo de instrumentarlo. Ni mis mayores previsiones satisficieron a mi eximia letrada, que siempre me recordaba que una ley posterior de orden público podía eficazmente echar por tierra mi crédito. En tanto, la sabia afirmación de MAIRAL de que antes los contratos importantes se hacían en moneda extranjera, ahora se hacen además en el extranjero, ¿cómo los traslada un simple particular a la operación de venta a crédito de un lote de terreno? Lo intenté, pero mi letrada me decía que la complejidad de la operación que yo había diseñado parecía más propia de la venta del *Rockefeller Center*. Yo diría otra cosa, vender a crédito el Rockefeller Center debe ser más fácil en EE.UU. que vender un terreno a crédito en la Argentina, hoy. Lo que es imposible aquí es vender un terreno con la certeza de poder recuperar las cuotas comprometidas a crédito. Conclusión: Mis eventuales compradores no se decidieron, este eventual vendedor prefirió quedarse con los bienes antes que arriesgar su pérdida: La economía, una vez más, siguió paralizada. Ese es el legado de las medidas aún vigentes desde comienzos del 2002. La destrucción total y absoluta de la economía. Eso es lo que está en juego hoy en día. Que no solamente invierta el amigo cercano al poder, que puede confiar en sus amigos, sino también el que pueda confiar en el derecho y las transacciones, tenga o no amigos en alguna parte. Ampliar *infra*, notas 7, 8, 14, 20, 26, 42.

[5] Como bien se pregunta GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, "La *exceptio non adimpleti contractus* en la emergencia económica: ¿Es la propiedad un bien jurídico protegido en la Argentina?," en GORDILLO (dir.), *op. cit.*, pp. 170-5, nota 1; MABROMATA, ENRIQUE GUILLERMO, "Sacrificio compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?," igual libro, pp. 136-152; LIENDO (H.), HORACIO TOMÁS, "Los pesificadores reniegan de su tempestad (*genus nunquam perit*)," *LL*, 2002-F, 1299; "Inconstitucionalidad de la llamada «pesificación»," *LL*, 2002-D, 1356; LIENDO (H.) y SEXE, PEDRO MARCELO, "Del caso «San Luis» a la ilegitimidad de la compensación a las entidades financieras," *LL*, 2003-C, 1245. Lo mismo ocurre a nivel provincial, desde luego: ARIAS, LUIS FEDERICO, "Emergencia y empleo público: Una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales," igual libro, pp. 86-102; OROZ, MIGUEL H. E., "Un nuevo atropello al Estado de Derecho," *LL*, SJDA, 15-X-04, pp. 1-14; ALETTI, DANIELA y MAINETTI, NATALIA, "El Poder Ejecutivo provincial *vs.* la justicia efectiva," nota a fallo, igual suplemento, pp. 15-20. En el orden nacional, la aparición de *Bustos* ha aumentado la temperatura de los comentarios. Es imperdible la lectura de todos ellos, en particular el desopilante pero tristemente exacto, breve y punzante, artículo de MIDÓN, MARIO A. R., "La Corte. El derecho a la «cuasi posesión» y su justicia «Pisoniana»," *LL*, *Suplemento Especial. Pesificación de los Depósitos Bancarios*, 28-X-04, pp. 18-9 y demás artículos citados *infra*, notas 7 y 8. Ver también *infra*, notas 20, 26 y 42.

[6] Venimos exponiendo el tema desde diversos lugares, por ejemplo en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. IV, "Condicionamientos económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," actualizado en la 9ª ed. mexicana, t. 1, UNAM-Porrúa-FDA, con prólogo de JORGE A. SAENZ, quien también se refiere al tema; "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. Mi artículo "El Estado de Derecho en estado de emergencia" inadvertidamente tomó el concepto previo de LORENZETTI en "Estado de derecho y Estado de necesidad," *LL*, 2001-C, 1382. Ya que no puedo remediar el hecho, ruego al menos la lectura de ambos. Puede verse también mi artículo "Una celebración sin gloria," en BIDART CAMPOS (dir.), *150° Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24, reproducido en *LL*, 2003-C, 1091.

siguen logrando.[7] Esperemos que sigan su denodado esfuerzo a pesar del ominoso pronunciamiento político del primer voto de la CSJN *in re Bustos*.[8] Nunca como

[7] Ver nuestros artículos "Justicia federal y emergencia económica," en Universidad Austral, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, RAP, 2003, pp. 117-22; "«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia," *LL*, 2002-C, 1217; "El estado de necesidad individual, contracara de la emergencia pública," *LL*, 2002-A, 981; Ahe, Dafne Soledad, "El desamparo del amparo," *LL*, 2002-C, 1227; RAP, 288: 191-6; "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*, *op. cit.*, pp. 41-51; D'Argenio, Inés, "La cuestión del interés público vinculado a la emergencia," en igual libro, pp. 31-40; Allona, Cecilia María, "El control judicial de razonabilidad en épocas de emergencia," igual libro, pp. 97-112; "El fallo «Smith»," *LL*, 2002-C, 1238.

Lorenzetti, "Contratos en la emergencia económica: Pesificación de obligaciones en mora (Un modelo de interpretación)," *LL*, 2002-F, 1097: "En los terribles meses que hemos vivido en el año 2002, tuvimos que enfrentar la más grave crisis de nuestra historia, y se lo hizo en democracia. No es lo habitual en la historia argentina, y gran parte de ello se debe a la ciudadanía y al Poder Judicial. La ciudadanía no fue a los cuarteles, sino a las calles y luego a los tribunales. Los jueces no fueron indiferentes, atendieron los reclamos, trabajaron incansablemente en todo el país, y pusieron un freno importantísimo a los abusos de los otros poderes. No debe haber ejemplo en el mundo de un poder judicial que haya podido canalizar tanta demanda social acumulada, y que haya declarado tantas inconstitucionalidades, y que haya generado una corriente de opinión tan sólida en defensa de los derechos individuales. Es posible que no sea perfecto, que haya excesos, pero se debe comprender el contexto en el que se están dictando las sentencias, las tremendas urgencias, la desproporción entre las necesidades y los instrumentos para satisfacerlas, las dudas, y el estado actual del ordenamiento argentino."

La cuestión es diversa en la jurisdicción extraordinaria de la CSJN, como lo explicamos hacia el final de este artículo y especialmente en las notas 43, 47, 49, 57, 59 y otras.

[8] Fallo del 26 de octubre de 2004. La reprobación social es durísima y casi unánime. Ver Borda, Alejandro, "El Fallo «Bustos»: Un retroceso judicial," *La Ley, Suplemento Especial. Pesificación de los Depósitos Bancarios*, 28-X-04, pp. 13-8; Bianchi, Alberto B., "El caso Bustos y sus efectos, por ahora," mismo suplemento, pp. 11 y 12; Gelli, "El caso Bustos: Entre la inadmisibilidad del amparo, las incógnitas de las cautelares y la pesificación convalidada," igual suplemento, pp. 5-7 y en *DJ*, 03-XI-2004, 686; Liendo (h.), "El caso «Bustos» sobre depósitos en moneda extranjera," *LL*, 12-XI-04, p. 1; Perez Hualde, Alejandro, "Amparo y control de constitucionalidad," *LL*, 24-XII-04, 1; Midon, "La Corte. El derecho a la «cuasi posesión» y su justicia «Pisoniana»," *op. loc. cit.*; "La regresión no alcanza a los derechos adquiridos que gozan de buena salud," *LL*, 26-XI-04, 3; Manili, Pablo L., "La Corte Suprema es una convención constituyente en sesión permanente," mismo suplemento, pp. 25-8; Gil Dominguez, Andrés, "El 26/10:¡Ha muerto la Constitución!, ¡Que viva la emergencia!," mismo suplemento, pp. 20-4; Priori Belmonte, Daniel A., "La «tangibilidad» de los depósitos en moneda extranjera. Otra oportunidad perdida," *DJ*, 03-XI-04, pp. 690-93; Baeza, Carlos R., "El caso «Bustos» (La legitimación de un despojo);" de Martino, Julián, "Solo algunos pueden salir indemnes. La justicia hecha a medida;" Barcesat, Eduardo S., "Primeras reflexiones sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de legitimación de la pesificación," *La Ley, Suplemento Especial. Pesificación de los Depósitos Bancarios*, *op. cit.*, pp. 8-10; Carnota, Walter F., "Pesificación: El fallo," igual suplemento, pp. 29-30; Boico, Roberto J., "La corte, un tribunal homologador," mismo suplemento, pp. 30-33; Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre el caso «Bustos»," *LL*, 09-XI-04, p. 1; Gomez, Claudio D., "El Estado rompe los platos y los ahorristas los pagan (a propósito del caso Bustos)," *DJ*, 10-XI-04, 788, *DJ*, 2004-3, 788; Wetzler Malbrán, A. Ricardo, "La nueva Corte y su nuevo fallo contra el derecho de siempre," *ED*, 5-XI-04, pp. 2-6. A favor del fallo, en cambio, ver Casiello, Juan J., "Un nuevo y acertado enfoque sobre el derecho del ahorrista convalida la pesificación (a propósito del caso «Bustos»)," *LL*, 02-XI-04, p. 1. Lo consideraba "previsible" Alanis, "Lo previsible. Las consecuencias," *LL*, SJDA, 19-IX-04, pp. 9-11. Para un enfoque procesal Kielmanovich, Jorge L., "Aspectos procesales del caso «Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo»," *LL*, 09-XI-04, p. 4. Morello, Augusto M., "El

ahora se hace más cierto el punzante comentario, en su momento, de uno de los jueces de grado ahora aludidos:[9] "La autoridad de la Corte reside en la fuerza

voto del doctor Zaffaroni en la causa «Bustos»," *DJ*, 10-XI-04, 780, *DJ* 2004-3, 780. Ver también *infra*, notas 8, 14 y 20.

[9] La fuertísima crítica a los jueces de grado parece ser —o quizás es— una invitación al Consejo de la Magistratura o las Cámaras de Diputados provinciales para que los acusen a todos para separarlos por juicio político. Todo es posible en un país a la deriva, siempre al margen de la ley y de la Constitución, ahora en el primer voto de su tribunal "cimero" como gusta decir MORELLO. ¿Podremos creer que los firmantes no previeron que estaban dando "pasto a las fieras" para destruir todo el Poder Judicial de grado? ¿Es eso realmente lo que se busca? GELLI, *op. cit.*, nota 1, con su habitual ponderación, muestra su inquietud: "Pero sólo dos magistrados[...] constituyeron la mayoría de fundamentos [...] (y) fueron inusualmente duros para con los jueces de las instancias inferiores [...] Expresiones tales como «desnaturalización de la vía del amparo» y «festival de amparos», junto a las calificaciones de «irritante desigualdad» y «disparatado beneficio» [...] denotan el juicio crítico que a estos ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación suscita la actuación de la mayoría de los tribunales argentinos." "Pero ningún reproche para el accionar del Estado:" hay silencios que son atronadores.

BIANCHI, *op. cit.*, p. 11, nota 7, también destaca el exceso verbal de comentarios tales como "... la supuesta propiedad de los dólares no era más que una gran falacia. En la Argentina nadie ganaba en dólares norteamericanos, de manera que asentar los depósitos en esa moneda era, o bien utilizarla simplemente como una moneda de cuenta [...] o bien se compraban dólares en el mercado de cambios a un precio vil, el de la paridad, con consecuencias perniciosas en la economía que a la corta o a la larga debían desembocar en el desastre económico resultante..." Véase la exageración de decir "Nadie," sin un ápice de prueba, luego de criticar la supuesta falta de prueba de las instancias de grado (a su vez afirmación inexacta en muchos casos.) La falta de prueba de las afirmaciones dogmáticas de este voto que encabeza el fallo es mayor. Parece estar en línea con el precedente histórico que preguntaba "¿Alguien alguna vez vio un dólar?" Pero la retórica de los balcones de la Casa Rosada no es trasladable a la CSJN sin que sufra daño en el transporte. Allí se transforma en lo que BOICO, *op. loc. cit.*, denomina "la epistemología de la incertidumbre." En otra parte de su exposición agrega, refiriéndose al total del fallo de esos dos jueces, que los otros votos omitieron replicar: "Honestamente no encontramos resorte discursivo que abrigue semejante dislate."

En igual sentido BORDA, *op. cit.*, pp. 13-4, señala tal desmesura: "... no puedo dejar de expresar mi asombro ante la poco común calificación de «funesto» [...] refiriéndose al fallo Smith, al cual le atribuyen haber ocasionado un descomunal trastorno económico-financiero y aun judicial [...]. Me animo a señalar [...] que el descalabro económico-financiero no puede ser adjudicado a un fallo sino a erradas políticas económicas y que habrá que ver si este fallo no causa un descalabro judicial aun mayor que el que se denuncia." Ahora que los líderes de la administración han moderado su lenguaje, ¿tomará la posta el primer voto de este fallo de la CSJN?

BADENI, *op. loc. cit.*, entra en el análisis de "ciertas apreciaciones subjetivas innecesarias, impropias de un fallo judicial y que no se compadecen con la realidad. Así, los jueces Belluscio y Maqueda expresaron que «la supuesta propiedad de los dólares no era más que una gran falacia». Esa propiedad era real y no configuraba una falacia. Estaba garantizada por el Estado a través del Banco Central y su adquisición era lícita. Otro tanto su disposición. Quien adquiría esa moneda podía destinarla al consumo, a la compra de bienes, conservarla en una caja de seguridad, girar los importes al exterior o volcarlos al sistema financiero local. Para todos ellos esa «propiedad» era real con la salvedad, aparentemente, de éstos últimos. Tampoco es cierto que «reconocer que a los depositantes en dólares se les devuelva sin más demora el mismo importe de la moneda extranjera en que se registraron sus depósitos implicaría la creación de una clase privilegiada», sino que ello importaría ubicarlos en un plano de igualdad con aquellos ahorristas que le dieron un destino diferente a sus fondos y que, merced a ello, no han sido objeto de un cercenamiento en su derecho de propiedad." Dice en otra parte de su trabajo "Semejante estrabismo le otorga plena razón a [...] Alberdi cuando decía que el ladrón privado es el más débil de los enemigos que la propiedad reconozca, pues ella puede ser atacada impunemente por el Estado en nombre de la utilidad pública." O como dice GIL DOMINGUEZ, *op. loc. cit.*, "¿Cómo es posible que el Estado vaya contra sus propios

moral de su pronunciamiento, como ella misma siempre lo tiene dicho. Yo me atengo a ello."

Este artículo estaba preparado y listo antes de la aparición del fallo, que obviamente da una respuesta claramente negativa al interrogante que planteamos. Mi propia respuesta también era negativa, pero abrigaba alguna esperanza en la *prudentia iuris* de la Corte. El fallo me ha golpeado más porque jamás imaginé que esta Corte afirmaría que todo estaba bien porque no se ha hecho para beneficio de algunos, cuando el entonces Ministro de Economía ha confesado reiterada y públicamente lo contrario, por escrito.[10] Eso es cuestión de leer los diarios, nada más, no requiere producción de prueba alguna, trátese de un amparo o un recurso extraordinario. Esta Corte ha caído en la vieja trampa de *Cine Callao*: Dar algo como cierto en contra de la evidencia, de la realidad pública y notoria; pero el efecto ahora es mayúsculo, devastador. Esta negación de la realidad descalifica el pronunciamiento —precisamente por arbitrariedad— y seguramente lo hará caer en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Qué haremos entonces? ¿Denunciaremos la Convención Americana de Derechos Humanos, reformaremos la Constitución, estableceremos expresamente la suma del poder público y el absolutismo como forma de gobierno, renunciaremos a la OEA, a la ONU, al Mercosur, a toda organización internacional que aplique normas jurídicas, cerraremos las fronteras?

Ni qué decir que el previo *default*, corral y corralito, y si se quiere la sobrevaluación de la moneda, todo contribuyó al desastre institucional. Pero el salto al abismo lo dieron *estos decretos*, que automáticamente duplicaron la pobreza[11]

actos y salga impune, cuando la Corte Suprema recientemente en la causa «Cabrera» invocó la teoría de los actos propios en contra de los ahorristas?;" WETZLER MALBRÁN, *op. cit.*, § 10, "Un «detalle olvidado»: La doctrina de los propios actos," p. 6: "Para «Cabrera» fue útil y se tomó. Para «Bustos», no convenía y se desechó."

Ver también *supra*, nota 7 e *infra*, notas 14, 20, 26, 42.

[10] Hemos transcripto sus palabras en "Una celebración sin gloria," *op. loc. cit.* ¿Habrá que transcribirlo en todos los pleitos para que la CSJN se dé por enterada? ¿No lee los diarios ni las declaraciones ministeriales de quienes hicieron el desaguisado? Yo no imaginé este fallo, pero los más jóvenes sí: ALANIS, *op. loc. cit.* No se me culpe, pues, de pesimismo, lo mío era optimismo. El legado que recibieron las nuevas generaciones está claro. Leed ALANIS.

[11] Que, bueno es recordarlo, no es *previa* a las medidas del 2002 en sus actuales niveles superiores al 50%, sino que es consecuencia directa e inevitable del nuevo modelo "productivo" creado para los llamados "factores de la producción:" DREIZEN, JULIO, "Tipo de cambio y pobreza: De eso no se habla," *La Nación*, 12-X-04, p. 4, sección "Economía y Negocios;" También lo advirtió LIENDO, "El caso «Bustos»...," *op. loc. cit.*: "La miseria que se ve estos días y la hambruna del 2002 en adelante no cabe atribuirla a la Convertibilidad sino a las políticas que la sucedieron, que aumentaron la línea de pobreza e indigencia, sumergiendo a más de la mitad de la población." Y como dice BORDA, *op. cit.*, § II. 5, p. 15: "Parece necesario recordar que si se están inyectando pesos en el mercado es para cumplir con el objetivo de la política económica vigente, esto es, el de tener un dólar alto." Este y no otro es el modelo actual, con todas sus implicancias. No es cuestión de decir que "Siempre hubo pobres" como en la era anterior, pero tampoco es posible ignorar los que uno mismo crea. Pues "el dinero se muestra muy remiso en acceder a las manos del pobre, pero cuando uno deja de serlo se le adhiere." (SÉNECA, *Epístolas morales a Lucilio*, Madrid, Planeta-De Agostini, 1996, Libros X-XX y XXII, p. 244.)

llevaron la indigencia a un tercio, a tener tres millones de jóvenes que no estudian ni trabajan, a la inseguridad urbana, al clientelismo de los planes asistenciales, a que sólo crezcamos algo *desde el fondo*, sin llegar a los malos niveles, pero superiores, previos a la última hecatombe.[12] Llevará muchos años alcanzar el nivel previo y otros más superarlo, pero la pregunta que atormenta es si vamos en esa dirección o no, en materia jurídica en general. Son tiempos de estoicismo, por eso en esta ocasión invocamos a SÉNECA para nuestra guía.[13]

Querer encontrar explicaciones ulteriores, retroactiva e ingeniosamente convalidantes, enfatizar que lo sufrimos todos, confundir las fechas, destacar que hay que analizarlo en el posterior contexto histórico, todo podrá agradarle al gobierno anterior o al actual (ninguno es objeto de censura alguna), a los bancos, o a la parte vencedora, pero es el antimensaje jurídico por excelencia: La sensación de inexistencia de seguridad jurídica es el daño más grave que resulta necesario restañar, para que la gente pueda volver a creer en el derecho y en la justicia argentina que el fallo —en su voto líder— denigra. Los jueces de grado, con enorme sacrificio personal, hicieron su parte positiva para comenzar a restablecer lentamente el derecho vulnerado y devolver algo de la fe en la Constitución.[14] El voto líder de la CSJN *in re Bustos* pretende reprenderlos por haber aplicado la Constitución, sin advertir que hicieron muchísimo sacrificio para paliar la desesperación que se apoderó de la población.[15]

[12] La falta de credibilidad internacional viene, a su vez, de lejos. Por ejemplo *Clarín*, 26-VIII-01, 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?" No se crea nadie en el país que estos juicios de valor están limitados a pasados gobiernos ni Cortes. Todavía falta reconstruir la imagen externa del país, y ello llevará décadas. En cuanto a nuestros periodísticamente inflados niveles de crecimiento, bueno es señalar que aún mezclados con países pujantes como Brasil, dan una media *inferior a todos los demás países del mundo, emergentes o no emergentes*: *The Economist*, 16-X-04, p. 67, "Emerging economies. Coming into flower."

[13] No estuvo Calígula, no está Nerón, pero son tiempos estoicos. Conviene releer a SENECA, *Epístolas morales a Lucilio*, Madrid, Planeta-De Agostini, 1996, Libros I-IX, y Libros X-XX y XXII. "Cuanto puede suceder, pensemos que ha de suceder," *op. cit*., Libros I-X, p. 116.

[14] GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2004, 1ª reimpresión de la 2ª ed., p. XV: "Cuando el vendaval de la crisis amenazaba con no dejar nada en pie, ni instituciones políticas y financieras, ni el juego reglado de la democracia, sucedió la paradoja: Cuanto más se crispaban las reglas del sistema constitucional más se apelaba a la Ley Suprema para buscar, en ella, amparo a los derechos vulnerados, remedio a los problemas institucionales..." Hemos efectuado ya esta cita en un artículo tan pesimista como el presente: "Una celebración sin gloria," *op. loc. cit*.

[15] En igual sentido LIENDO, "El caso «Bustos»...", *op. loc. cit*.: "Nada catastrófico hubiera pasado si el voto del doctor Fayt hubiese sido el mayoritario, como nada catastrófico pasó cuando se dictó «San Luis». Por el contrario, se detuvo la fuga de capitales y se calmó el dólar, comenzando un ciclo de clara apreciación del peso. Por otra parte no es posible creer que la verdad está en los cuatro votos y medio que la pesificación obtuvo en «Bustos» y no en los cientos de jueces en todo el país que la encontraron inválida;" BORDA, *op. cit*., § II.6, p. 15: "Las medidas «autosatisfactivas» no sólo son ley vigente en varios ordenamientos procesales sino que, además, han permitido acelerar los «tiempos de la justicia»" y destaca el alarmante dato de que ese voto critica "ferozmente" a todos los jueces argentinos, demostrando, para nosotros, que pareciera que sus autores no anduvieron

por tribunales en esos infaustos meses iniciales de desesperación colectiva; PEREZ HUALDE, *op. loc. cit.*: "La actuación de esos tribunales inferiores fue la que sirvió de válvula de escape a la presión acumulada sobre el sector ahorrista que vio cómo sus ahorros se trasladaban en forma ostensible a favor de los sectores más fuertes compuestos por los grandes deudores —públicos y privados— surgidos del descontrol del gasto público —con su consecuente endeudamiento desorbitado— y de la especulación financiera;" MANILI, *op. cit.*, § II, p. 26: "Realmente no alcanzamos a entender el porqué del uso de tales epítetos desde la más elevada magistratura para calificar a quienes estaban impartiendo justicia según su leal saber y entender, esto es: Sus colegas del fuero contencioso administrativo federal;" BOICO, *op. cit.*, p. 33: "Es del caso comentar la desproporcionada y desafortunada mención que la Corte formula de sus colegas inferiores, siendo aplicable a ella la conocida y vapuleada doctrina de los actos propios, puesto que si los tribunales han concedido medidas cautelares [...] lo han hecho al amparo de dos trascendentes pronunciamientos del Tribunal, mal que les pese;" BAEZA, *op. cit.*, § 4.V: "El fallo dedica un [...] párrafo a todos aquellos jueces y tribunales que, cumpliendo con su deber de impartir justicia, acogieron los amparos de los ahorristas, convirtiéndolos en los verdugos de las desigualdades entre quienes alcanzaron a retirar sus ahorros y quienes no pudieron hacerlo. [...] Según el criterio de la Corte, los tribunales no deberían haber hecho lugar a los justos reclamos de los ahorristas estafados, exponiéndose así a ser sometidos a enjuiciamiento por retardo o denegación de justicia [...] Frente a la demanda de un particular quien invocando la violación de su derecho de propiedad ocurriera a la justicia en reclamo de amparo, era obligación constitucional de los órganos jurisdiccionales resolver la controversia, declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Sin embargo, ahora resulta que el cumplimiento del deber de administrar justicia, es calificado por el más Alto Tribunal como una «desorbitada actuación de los tribunales inferiores» y la causa de la irritante desigualdad provocada por tales pronunciamientos;" GOMEZ, *op. loc. cit.*: "No existe el alegado indebido beneficio al acreedor; ni los ahorristas que percibieron dólares o sus equivalentes en pesos, a través de medidas cautelares [...]. Ellos sólo han obtenido lo que la Ley Superior le ampara, aunque la Corte con palabras, de neto corte político, rimbombantes y grandilocuentes, diga lo contrario;" MIDÓN, "La regresión no alcanza a los derechos adquiridos que gozan de buena salud," *op. loc. cit.*: "Tan inflamado discurso, amén de innecesario, es agraviante y lesivo de aquellos magistrados que en la Argentina jugaron el rol de contenedores de la crisis suscitada. Nunca antes en la vida de la nación Argentina el Poder Judicial se convirtió por su actuación, cuantitativa y cualitativa, en vital instrumento de realización de justicia para impedir amenazantes vías de hecho. [...] Hay que reconocer entonces, por un acto de estricta justicia, que cuando nadie se hizo cargo de la crisis numerosos jueces y conjueces, tanto del orden federal como provincial, se dieron a la tarea de calmar la angustia y los padecimientos que experimentaban quienes veían confiscada su propiedad. Desde su encumbrado sitial, aquel que por razones de instancia organizativa no estuvo en la trinchera en la hora crucial del reclamo, no puede prevalerse de su jerarquía para hacer abstracción del rol pacificador que en la emergencia jugó esa legión de la infantería judicial;" del mismo autor "La Corte. El derecho a la «cuasi posesión» y su justicia «Pisoniana»," *op. cit.*, p. 19: "La Corte Suprema creó a partir de «Bustos» la nueva versión constitucional del derecho a la «cuasi propiedad» [en la cual] las cuestiones que encierra la temática debatida en los juicios por el célebre «corralito» involucran materias de política económica cuyo examen le está vedado a los jueces. Poco interesa, desde luego, si esas normas contradicen la letra y espíritu de la Constitución;" BADENI, *op. loc. cit.*, "No es prudente calificar de «desorbitada» a la actuación de los tribunales inferiores. La función de los jueces reside en aplicar la ley y velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales. De manera que si la inmensa mayoría de ellos consideraron que los actos gubernamentales cuestionados lesionaban arbitrariamente el derecho de propiedad, hicieron bien en descalificar esas normas o en otorgar las medidas cautelares considerando la verosimilitud de los hechos, del derecho y el peligro en la demora. Las generalizaciones son poco felices y, con mayor razón, la descalificación de los magistrados judiciales por la simple circunstancia de no compartir los criterios expuestos por algunos de los jueces de la Corte." *Cfr.* GELLI, "El caso Bustos...," *op. loc. cit.* En contra CASIELLO, *op. loc. cit.* Ver también *supra*, notas 7 y 8 e *infra*, notas 20, 26 y 42.

La anterior Corte Suprema con los casos *San Luis* y *Smith*[16] había comenzado también ese largo camino de volver de a poco al derecho, pero ocasionó un gran disgusto a las autoridades nacionales, que casi entendieron que la supervivencia nacional, o la suya en particular, estaba atada a la supervivencia de los absurdos decretos de entonces.[17] Así fue como ese gobierno intentó, y el actual logró, desmembrar la CSJN, proceso aún en marcha.[18]

Ahora, esta Corte está tomando algunas decisiones que, a la inversa, no anuncian buenos tiempos para la seguridad jurídica. La CSJN que muchos no querían y que tanto favoreció al gobierno de Menem en cuestionables fallos, en cambio dictó los fallos *correctos* en *San Luis* y *Smith* antes que la defenestraran por dicha causa, invocando otra.[19] La CSJN que ahora "queremos más" se está

[16] Gelli, *op. cit.*, com. al art. 99, § 5.5, "El caso «Smith», la emergencia jurídica, los decretos 214/02 y 320/02 y el caso «Tobar»," pp. 707-9. Señala Borda, *op. cit.*, § I, p. 13, que en *Bustos* se perdió "la oportunidad de ratificar el rumbo iniciado con «Smith» y mantenido con «Provincia de San Luis»." *Cfr.* Barcesat, *op. cit.*, § II, p. 9; Manili, *op. cit.*, § VI, p. 27; Carnota, *op. cit.*, p. 29; Gil Dominguez, *op. cit.*, p. 20; Boico, *op. cit.*, p. 32; Baeza, *op. loc. cit.*; Badeni, *op. loc. cit.*; Wetzler Malbrán, *op. loc. cit.* En contra, Casiello, *op. cit.*, § VI.

[17] Tanto que el fallo *Smith* fue el primer detonante del primer juicio político a dicha Corte, en 2002: González Campaña, Germán, "Juicio político a los jueces de la Corte Suprema por el contenido de sus sentencias: ¿Hacia una casación política de los criterios jurídicos?," *LL*, *SJDC*, 20-II-04, pp. 60-70: "La sentencia que irritó al gobierno fue «Smith» de tal forma que la mera especulación de su dictado motivó el inicio del proceso en la Cámara de Diputados" (p. 62); el dictamen acusatorio decía que esto "permite meditar respecto de la gravedad de la conducta de los imputados, con decisiones adoptadas a la ligera y sin seriedad." ¿Alguien recuerda a Brecht?

La pretendida contradicción con *Kiper* (*Fallos*, 324: 4521) no existía porque allí se trataba nada menos que de un juez de la nación que había retirado todos sus fondos sin alegar siquiera estado de necesidad. Recuerda el mismo Gonzalez Campaña, *op. cit.*, p. 63: "Pero, seguramente, no va ser mirado con beneplácito el hecho de que los miembros hayan sido enjuiciados al pronunciarse en defensa del derecho de propiedad garantizado en la Constitución nacional, frente a los decretos que restringían la disponibilidad de los depósitos bancarios, norma que también fuera rechazada por gran parte de los tribunales provinciales y federales del país; que motivara más de dos mil denuncias ante organismos internacionales y jueces extranjeros, y desembocara en la declaración de inconstitucionalidad en el caso «San Luis» en marzo de 2003." Allí volvió a desencadenarse el enfrentamiento, ahora con el nuevo presidente: Ante el llamado del sucesor de Duhalde pidiendo la convalidación de la pesificación, el entonces presidente de la Corte mencionó los precedentes *San Luis* y *Smith* en oposición a ello. Al día siguiente se pidió la destitución del tribunal. Renuncias y muertes mediante, se pasó al caso *Meller* para destituir a Moliné O'Connor. *Crimen y castigo* de Dostoievsky, como en la mejor literatura novelesca zarista, en interpretación de Bielsa (abuelo). ¿Un Congreso futuro votará en contra de los actuales jueces por *Cabrera, Cartellone c. Hidronor*, *Bustos* u otros? Se ha abierto una escalera descendente al infierno. Urge desandarla. Ampliar *infra*, notas 18 y 21.

[18] Séneca: "Las fieras se ven obligadas a la lucha o por el hambre, o por el temor: al hombre le complace arruinar a otro hombre," *op. cit.*, Libros X-XX y XXII, p. 261.

[19] Pues nadie creerá, imagino, en la sinceridad de la causa votada en el Senado: Manili, *op. loc. cit.* Gómez, *op. loc. cit.*: "En nuestro país, una decisión política (y el de la Corte vaya si lo es) es solamente una decisión del momento, sujeto a cambios, a piacere, según la decisión omnímoda de nuestros gobernantes, también del momento. [...] El fallo, unido a otros recientes dictados en materia laboral, también, lleva a percibir cierto tufillo de dependencia al Poder Ejecutivo Nacional, similar al criticado de la Corte anterior, que tanto mal hace a la vigencia de las instituciones democráticas. [...] Aquí, los jueces han regalado su poder de control a lo que el poder político disponga según su conveniencia. Los jueces demuestran que tienen sobrada cintura política para sostener su carrera

equivocando en *Cartellone*[20] y *Cabrera*[21] pero ha cometido su peor error en *Bustos*.

judicial; aunque le falta la necesaria lectura del reclamo social, esto es, el de que se cumpla la Constitución." El país es siempre el mismo: *Supra*, nota 16 e *infra*, nota 21. Lo hemos relatado en *La Administración paralela. El para-sistema jurídico-administrativo*, Madrid, Cívitas, 2001, 3ª reimpresión; traducido al italiano por el profesor VANDELLI, como *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, con Introducción de FELICIANO BENVENUTI; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público.

[20] CSJN, *Cartellone c. Hidronor*, 1° de junio de 2004, con nota de GONZALEZ CAMPAÑA, GERMÁN, "Desnaturalización del arbitraje administrativo," *LL*, *SJDA*, 24-VIII-04, p. 8. En contra, alaba el fallo GIL DOMINGUEZ, "El caso «Cartellone c. Hidronor»: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales," *LL*, 23-VIII-04, p. 3.

[21] CSJN, *Cabrera*, 13 de julio de 2004. Es cierto que de todo fallo se pueden realizar lecturas constructivas y positivas, matizando detalles y puliendo aristas. El fallo no es en sí mismo tan catastrófico como la lectura ciudadana que se puede hacer de él, pero para mi juicio evoca demasiado a SÉNECA, *op. cit.*, libros I-IX, quien ya hablaba de "un derecho común del género humano," p. 199, y censuraba "cuando a sabiendas inducís a engaño al que interrogáis, [...] (al) darle a entender que perdió por defecto de forma," p. 202.

Mucho se ha escrito y escribirá sobre los matices, con atendibles interpretaciones diversas. Lo que no se puede cambiar es el gusto amargo que deja en la boca. En distintos criterios, comp. PEREZ HUALDE, ALEJANDRO, "«Cabrera»: Una advertencia política" y MORA, ROBERTO DANIEL, "Crónica de una muerte anunciada (a propósito del caso «Cabrera»)," ambas en *LL*, *SJDA*, 27-VIII-04, p. 6; MORELLO, AUGUSTO M. y STIGLITZ, RUBÉN, "Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia," *LL*, 10-VIII-04, pp. 1 y 2, esp. p. 3, XII-c; VÍTOLO, ALFREDO M., "Una sentencia olvidable: El caso «Cabrera»," *ED*, 20-VIII-02, pp. 1 y 2, quien no vacila en calificar de *arbitraria* la decisión de la CSJN; eso, por parte del órgano que controla la arbitrariedad *de los demás*: Amarga ironía que contribuye a la falta de fe en el derecho y en la justicia, aún con Corte remozada. Ver también las notas de GIL DOMINGUEZ; LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P.; MANILI, PABLO LUIS, en *Sup. Especial La Ley*, 17-VII-04; BIDART CAMPOS, GERMÁN, *LL*, *Sup. Const.*, 02-VIII-04; DESCALZI, JOSÉ P., *LL*, 03-VIII-04; HIGHTON, FEDERICO R., "El fallo «Cabrera...» no generaliza la pesificación," *LL*, 05-VIII-04, pp. 1 y 2, etc. Cuando leímos algunos considerandos líderes de *Cabrera* y *Bustos*, vilificando al que necesitaba cobrar sus propios pesos en estado de emergencia nacional, nos acordamos nuevamente de SÉNECA: "Espera la sentencia más justa, pero disponte también por si resulta ser muy injusta." (*op. cit.*, libros I-IX, p. 115.) Sé que caben otras lecturas más constructivas, y las habré de intentar. No habiendo tenido litigio alguno por estos motivos, ahora los voy a iniciar, con otra lectura menos apasionada de *Cabrera* y *Bustos*: "Derribado, no abatió su ánimo, quien en todas sus caídas se levantó más porfiado, ese tal desciende a la liza con más confianza:" (SÉNECA, *op. cit.*, libros I-IX, p. 59) "El gladiador toma la decisión en la arena." (P. 102.) Creo que vale la pena pelear judicialmente la solución de *Cabrera* y *Bustos*, no bajar los brazos. En todo caso, siempre está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No creo que *Cabrera* y *Bustos* puedan pasar ese escrutinio, que muchos ya estarán iniciando: Sólo el año pasado hubo 3.000 denuncias más contra la Argentina por este tema, antes de *Cabrera* y *Bustos*. ¿Se imaginan después?

Cuando la CSJN, en un voto de dos ministros, aumenta y potencia en *Bustos* el error de *Cabrera*, la doctrina reaccionó de inmediato en forma adversa: LIENDO, *op. loc. cit.*, "En el caso «Bustos» la Corte, por ajustada mayoría, renunció a su misión de hacer justicia por temor a que se cayera el mundo. [...] Dar a cada uno lo suyo en ese contrato significa algo muy simple que no requiere de ningún debate ni prueba más que la acreditación del carácter de depositario en las cantidades que surjan de los instrumentos respectivos. Significa resolver que el banco debe restituir al acreedor lo que le debe, en la moneda en que se lo debe y por las cantidades correspondientes (arts. 740, 742 y 2220, Cód. Civil). [...] Contrariamente a lo sostenido por la Corte, el «peso» y el «dólar» son dos especies monetarias completamente distintas en el régimen de convertibilidad, la una es moneda de curso legal y la otra es moneda extranjera, ambas pueden constituir obligaciones de dar sumas de dinero y en ambas rige el nominalismo o principio de identidad y el principio de especialidad,

La presión política debe haber sido insostenible.[22]

Esperemos que no convaliden expresamente también la delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia como norma habitual legisferante, el incumplimiento sistemático de la Constitución en tantos puntos. Si las circunstancias les impiden decir el derecho, elijan el silencio, que siempre es una voz poderosa utilizada por todos los tribunales del mundo.[23]

pero un crédito en dólares sólo puede pagarse en dólares y otro en pesos solamente en pesos, salvo, claro está, con el consentimiento del acreedor;" BARCESAT, *op. cit.*, § VII, p. 10: "La CSJN ha sembrado el desconcierto y la incertidumbre en las relaciones jurídicas. Ha quebrado su doctrina del acto propio y lesionado los valores de seguridad y certeza jurídica;" MIDON, "La Corte. El derecho a la «cuasi posesión» y su justicia «Pisoniana»," *op. cit.*, p. 19: "La Corte Argentina ha condenado a los ahorristas porque incautos creyeron en los bancos. Ha condenado al derecho de propiedad y con él a la Constitución, porque es la causa de aquella creencia. Ha condenado, finalmente, al amparo porque fue la institución que en su momento impidió la ejecución de miles de argentinos;" MANILI, *op. cit.*, VI, pp. 26-7: "El fallo bajo estudio implica, sin lugar a dudas, una reforma constitucional no textual [...] En esta nueva Constitución, el artículo 17 tiene versión textual: «la propiedad privada es inviolable» y un agregado no escrito pero aplicado por la Corte: «salvo en caso de emergencia» [...] Lamentablemente en este fallo todo ha sido puesto entre paréntesis;" DE MARTINO, *op. cit.*, § V: "... la crisis que, «no todos» generamos y «todos» debemos pagar, no va a ser soportada por la sociedad íntegra, sino por «los de siempre». [...] lo que surge en forma indubitable, es que la Corte quiso «tantear el terreno» y «mandar un mensaje tranquilizador» a ciertos grupos de poder, respecto de los cuales el gobierno nacional se comprometió a «darles una solución»..." Dice BAEZA, *op. cit.*, § 4 *in fine*, que "seguirá haciendo de nuestro país un mercado de alto riesgo para las inversiones serias, frente al patente cuadro de inseguridad jurídica que el pronunciamiento trasunta;" PRIERI BELMONTE, *op. cit.*, § I, p. 690; CARNOTA, *op. cit.*, p. 30: "... queda resentida no sólo las acreencias particulares, sino con la misma intensidad la seguridad jurídica y la imagen externa..." BOICO, *op. cit.*, p. 33: "Si alguno se ha beneficiado con este descomunal berenjenal ha sido, sin dudas, el sistema bancario, único sujeto redimido en esta peculiar decisión cortesana. Y no el ahorrista, engañado por el mismo Congreso nacional a través de la ley 25.466 [...] La síntesis: No hay justicia" En realidad, no solamente el sistema bancario *privado* se benefició, sino también a los *deudores* del sistema bancario *oficial*, que precavidamente tenían *deudas* del orden de hasta 100 millones de dólares...

BADENI, *op. loc. cit.*: "Se trataba de una relación conformada por un ahorrista que [...] cometió el error de confiar en el Estado y una entidad altamente capacitada en materia financiera y económica. ¿Entre quiénes corresponde distribuir el «esfuerzo compartido»? El Estado, ¿debe permanecer ajeno a ese «esfuerzo compartido»? Aquí no se trata de «cohonestar una pretensión individualista por sobre el interés general», sino de dar fiel cumplimiento a la Constitución admitiendo los derechos por ella reconocidos, y cuyo desmembramiento en modo alguno permite porque, aunque a algunos no les agrade, el derecho de propiedad es también un derecho humano. [...] La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso «Bustos», y a tenor del fundamento del voto mayoritario, se inserta en un proceso de desconstitucionalización al castigar el ahorro, la seguridad y propiciar el desmembramiento del derecho de propiedad." GIL DOMINGUEZ: "El 26/10: ¡Ha muerto la Constitución!, ¡Que viva la emergencia!," *op. loc. cit.*, ver también § VII, p. 24: "Hoy se ha sepultado el derecho de propiedad y el principio de proporcionalidad. Que en paz descansen." En contra, CASIELLO, *op. loc. cit.* Ampliar *supra*, notas 3, 7, 8, 14 e *infra*, notas 26 y 42.

[22] "A ningún argentino se le escapa que la seguidilla de juicios políticos promovidos desde principios de 2002 (y con más prolijidad desde mediados del 2003) contra varios integrantes de la Corte Suprema designados en la década del noventa tenía como finalidad obtener el dictado de una sentencia como la que hoy comentamos:" MANILI, "La Corte Suprema...," *op. cit.*, p. 25. La amenaza de nuevos juicios políticos a menos que se dictara este fallo produce a nuestro juicio este resultado, que casi todos los comentaristas destacan: Entre otros, PRIERI BELMONTE, *op. cit.*, § I, p. 690. Ampliar *supra*, notas 16 y 18.

[23] MANILI, *op. cit.*, § II, p. 25: "La economía ya no está en emergencia, el sistema financiero tampoco, y el dinero puede fácilmente ser devuelto a su dueño en la moneda original;" BARCESAT,

Por supuesto, que la pesificación era un hecho irreversible por la justicia, es obvio para todos: Ninguna CSJN puede reintroducir la dolarización, eso sólo ocurría en los escenarios absurdos de algunos periodistas que lo usaban como argumento de efecto para remar a favor de la posición del gobierno, que tan generosamente sostiene a sus propietarios con la inmensa publicidad oficial que todos los ciudadanos pagamos.

Pensar que Corte alguna, la anterior, ésta o la futura, pueda ordenar la redolarización de la economía es tan absurdo como sostener que la Corte pueda dejar sin efecto el *default*. Ni una cosa ni la otra necesitaba declararla la CSJN, lo sabe cualquier habitante de la Nación.

Pero ello no acarrea cohonestar la forma en que fue hecha, ni la desviación de poder, ni la asimetría, ni la confiscación, ni tantos "detalles" más.

Son tan variados los aspectos de hecho que cada caso llevará, que eso debe resolverlo caso por caso la justicia de grado. Pretender que lo haga la CSJN es una propuesta imposible, más que de altísimo riesgo al haberse cometido el grave error de intentarlo, *in re Bustos*. No puede desde un fallo pretender orientar la totalidad de los casos con sus infinitas variedades.

Pero hay más elementos de juicio a ponderar.

Nos equivocaríamos nosotros, con un falaz argumento *ad hominem*, si nuestra mayor simpatía por la CSJN actual o algunos de sus miembros —incluida la excepcional figura de LORENZETTI, que respetuosa y afectuosamente saludamos,

op. cit., § II, p. 9: "Se ha estabilizado el sistema financiero, los bancos han recuperado un nivel de depósitos similar al que tenían previo a la llegada del «corralito», y no se produjo ninguna generalizada quiebra del sistema bancario;" GOMEZ, *op. loc. cit.*, "No hay demostración alguna de que el retiro de los depósitos en moneda de origen cause el colapso financiero tan alegado. Es más, los bancos alegan gozar de buena salud económica. Se recurre —en un alarde sofista— a dar validez a normativas que restringen y lesionan derechos fundamentales, ante la sola invocación, por quien ejerce poderes colegislativos ordinarios;" MIDON, "La regresión...", *op. loc. cit.*: "El discurso de la Corte es atemporal y no responde al momento que atravesamos;" BOICO, *op. cit.*, p. 32: "Es necesario mencionar la significativa curvatura de la jurisprudencia, que en tan solo un año y medio, y con condiciones económicas y financieras más favorables, ha virado sustancialmente su postura en 180 grados, tendiendo a una solución adversa a la propiciada en el fallo Provincia de San Luis;" ver *supra* nota 15. LIENDO, "El caso «Bustos»...," *op. loc. cit.*, afirma que: "Fue la pesificación asimétrica que al convertir los pasivos a $1,40 y los préstamos a $1 provocó la quiebra sistémica de los bancos, a los que rescató con emisión de deuda pública. Fue el peligro de esa decisión y la incertidumbre de los pregones del «nuevo modelo» lo que provocó la corrida de depósitos del 2001 y no la insolvencia estructural o el «desfase de valor [del peso] con el dólar estadounidense». Tampoco el Estado era entonces insolvente, sino que fue la devaluación la decisión que lo postró frente a sus deudas en moneda extranjera al depreciar el valor de los impuestos que percibe en moneda local. Tenía, es cierto, dificultades financieras que tardíamente se había inclinado por atender mediante el dictado del dec. 1387/2001 (Adla, LXI-E, 5605) y las operaciones que ejecutó y proyectaba ejecutar en el corto plazo. Pero de ningún modo puede afirmarse que un país que adeuda el 50% de su producto bruto —de lo que produce en un año calendario— está en «quiebra» o cosa semejante." Déjennos el consuelo de que tal vez nos salvemos, por los hados judiciales normales ya que no por la CSJN: "Porque de igual modo que sé que todo puede suceder, así también sé que no todo me sucederá; por ello espero la prosperidad, dispuesto como estoy para las desgracias." (SÉNECA, *op. cit.*, Libros X-XX y XXII, p. 90.)

como ya lo hicimos con otras excelentes incorporaciones previas como la de ZAFFARONI— nos llevara a *no ver fríamente estos pronunciamientos en materia de seguridad jurídica.*

Cartellone c. Hidronor, *Cabrera*, *Bustos*, van aumentando la temperatura ambiente, en lugar de poner paños fríos a la situación. La incertidumbre ciudadana aumenta con pronunciamientos que parecen ser demasiado del agrado del poder de turno, que incluso lee públicamente los fallos como anticipo de futuros triunfos revocando en sede local los fallos arbitrales internacionales[24] que no le gusten.[25] Así no saldremos jamás del pozo en que nos encontramos, sino que horadaremos los fondos marinos.[26]

[24] Tema que ha tenido una vasta bibliografía. Entre otros, uno de los primeros trabajos en la materia ha sido nuestro cap. XVII del t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ª ed.; luego "El arbitraje administrativo nacional e internacional," en CARELLO, LUIS ARMANDO (dir.), *Derecho constitucional y administrativo*, t. 1, Rosario, Juris, 1999, pp. 12-85, más tarde reproducido y ampliado en las diferentes ediciones ulteriores del t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, de las cuales la última local fue la 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional;" GONZALEZ CAMPAÑA, "La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI," en GORDILLO (dir.), *op. cit.*, pp. 159-69; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: A propósito de las recientes decisiones en los casos «Vivendi», «Wena» y «Maffezini»," *LL*, 2003-A, 914; "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional," *LL*, 2000-D, 1106; PANELO, SANTIAGO, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión," *LL*, 2003-E, 1482. Más recientemente, ya comentando las implicancias de *Cartellone*, cabe destacar MORA, ROBERTO D., "¿Aval judicial al incumplimiento internacional?," *LL*, *SJDA*, 15-X-04, p. 33-39.

[25] Es la posición que en algún caso ha asumido, cuando le tocó intervenir como abogado de parte, el anterior Procurador del Tesoro de la Nación. El abogado del Estado debe defenderlo y agotar los medios de defensa, pero a mi juicio es en cuanto al fondo que hay que pelear con todo, no en las formas que posiblemente se pierdan: La técnica de la defensa del Estado en juicio interno no es la técnica de la defensa del Estado en juicio arbitral internacional. Con ello no estoy censurando distintas posturas —entre sí— tales como ROSATTI, HORACIO D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino," *LL*, 2003-F, 1283 (se inclina a la inconstitucionalidad de los tratados); o CITARA, RUBÉN, "El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada," *LL*, 2004-A, 2400. (Se inclina por el agotamiento de la vía interna.) Es también la comprensible posición de funcionarios del gobierno, por ejemplo SISELES, OSVALDO, "Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, *op. cit.*, pp. 123-135; no conocemos la posición de nuestro admirado juez OSVALDO GUGLIELMINO, hoy Procurador del Tesoro de la Nación. Ahora bien, que uno entienda sus respectivos predicamentos personales y sus deberes funcionales, no lleva a que podamos llegar a proponer el suicidio colectivo de alzarnos contra los tratados internacionales que hemos suscrito y debemos cumplir de buena fe.

[26] Pues la responsabilidad internacional del Estado tiene muchos mecanismos eficaces para ser instrumentada. Ver por ejemplo nuestro "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional," en Universidad Austral, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. IX del libro *Introducción al derecho*, edición como e-book gratuito en www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar. Además no ha de olvidarse la tendencia en materia de derecho internacional vs. derecho interno: Mis artículos "La creciente internacionalización del derecho," en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del*

Los fallos de la CSJN que satisfacen al gobierno preocupan exponencialmente, en sentido opuesto, a la sociedad; le restan el ánimo que necesita para recuperar la fe en el derecho y en las instituciones, para que haya comercio, inversiones, crédito,[27] economía en suma sin la cual tampoco hay empleo, sólo asistencialismo.[28]

La cuestión fundamental para la CSJN en la hora actual, pues, resulta ser si trata de satisfacer los deseos expresos o implícitos del presente gobierno, o si de manera independiente puede más bien acudir a la satisfacción de los intereses y deseos de la comunidad, que quiere —y objetivamente, pruebas al canto, *no puede*— tener fe en el derecho ¿Podrá alguna vez?

Hace falta calma para ello, no más revoluciones. Ya bastantes cambios profundos hemos tenido recientemente,[29] serenemos un poco los ánimos, calmemos los espíritus atribulados de la ciudadanía.

Aunque a nosotros no nos preocupen algunas actualizaciones que estimamos correctamente acordes al derecho internacional contemporáneo, cabe admitir que a otros tales novedades resultan a veces muy difícilmente soportables. En todo

derecho administrativo en el siglo XXI, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 71-92; "Impacto de los tratados internacionales en el derecho administrativo," *0*, 309: 113-121.

[27] Ver *supra*, notas 3, 7, 8, 14, 20; Baeza, *op. cit.*, § 4.IV, "... si un ahorrista ha depositado fondos en un banco no piense seriamente que la justicia obligará a esa entidad a cumplir el contrato al que se sometiera, pues las «enormes injusticias» entre «bancos y depositantes» harán que la balanza se incline a favor de... ¡los bancos!;" Gomez, *op. loc. cit.*: "Aquí, la Corte desconoce, una realidad tangible y palpable, que los ahorristas han sufrido tanto o más que otros agentes de la población. [...] Ellos han vivido, la crisis del 2001/02 con su propiedad acorralada, y como tal, sufrieron, en peor medida (que otro que tenía disponible su patrimonio) la salida tambaleante y a ciegas de la convertibilidad. Estos últimos se han vistos beneficiados por la política del príncipe, aunque la Corte no los menciona. Párrafo aparte merecer los bancos, quienes además de obtener intereses excesivos por créditos otorgados, de los beneficios compensatorios y de redescuentos obtenidos del BCRA, se vieron beneficiados por el sistema de bancarización forzosa impuesto para toda compra y venta superior a $ 1.000, como de cancelación de deudas financieras, compra de bienes muebles e inmuebles, con depósitos de los ahorristas. A través de dicho sistema se retuvo el depósito en el banco y el ahorrista lo tuvo que aceptar, so pena de quedar incautado su patrimonio sine die, o lo que es equivalente, hasta que el príncipe lo disponga. El reproche a los ahorristas no tiene justificativo, ya que han tenido que hacer un doble esfuerzo para vivir en la crisis generada por nuestros gobernantes. [...] Aquí, los únicos privilegiados son las entidades financieras, quienes nuevamente, salen indemnes del conflicto que los tuvo como actores principales;" Prieri Belmonte, *op. cit.*, § III: "... era la oportunidad —espero no sea la última— de demostrarle a la ciudadanía que el Estado estaba dispuesto a cumplir con su obligación de acatar la ley que él mismo había dictado muy poco tiempo antes de la violación. Hubiera servido para que los ahorristas confiaran nuevamente en el sistema y en el Estado. No sucedió así, y sin duda la desconfianza hará que los perjudicados duden en volver a colocar los ahorros en el sistema de país, aún con una ley que les garantice su intangibilidad." Ampliar *infra*, nota 42.

[28] Cabe decirle a estos dos gobiernos "El mayor problema lo tienes contigo, tú eres el que te creas las dificultades:" Séneca, *op. cit.*, libros I-IX, p. 97. Lo mismo en el caso de la CSJN, por la encerrona histórica en que el destino la ha colocado, como explicamos al final de este artículo y en las notas 43, 47, 49, 57, 59 y otras.

[29] Uno muy importante y valioso, la declaración de inconstitucionalidad de oficio, que comentamos en "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio," *LL*, 27-VIII-04, p. 2. Ampliar en Gelli, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, *op. cit.*, com. al art. 116, § 6, "Declaración de inconstitucionalidad de oficio," pp. 816-7.

caso la Corte correctamente aplicó el *ius cogens* por sobre el derecho interno,[30] dando lugar a comentarios que señalan "desde la fuente interna no es posible determinar la validez o invalidez de la fuente externa. El único camino posible es utilizar la aplicabilidad."[31]

[30] Por más que nosotros compartimos el criterio axiológico del Congreso en materia de declarar la nulidad insanable de las leyes de amnistía y obediencia debida, conforme al derecho de gentes que ya nuestra Constitución reconoce desde 1853, lo cierto es que ha creado tribulación en algunos espíritus al ver el nacimiento de un nuevo derecho penal internacional, imperativo en el orden interno. Ver nuestro artículo "Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521," *LL*, 2003-E, 1506; su lectura a veces no ha permitido comprender exactamente el alcance de lo expuesto, pero se trata en suma de trabajos en la misma sintonía, por ejemplo LOIANNO, ADELINA, "Leyes del perdón y del olvido: Verdad vs. impunidad," *LL*, 27-VIII-04, p. 7; es éste un movimiento de carácter internacional del cual sólo logran escapar las grandes potencias como EE.UU., China, Rusia, Brasil: Ni siquiera la Unión Europea. Ver nuestro trabajo "The Draft EU Constitution and the World Order," en AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l'Union Européenne*, "European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen," Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, vol. LXIII, pp. 281-294. Reproducido —con modificaciones— en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, Londres, Esperia, primavera-verano 2004, vol. 16, Nº 1, pp. 281-294.

Ver también nuestros trabajos: "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10; "Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19.

La actual composición de la CSJN tomó a nuestro juicio la decisión acertada, con el antecedente de *Priebke* (*Fallos*, 318 :2148 en 1995) (*LL*, 1998-E, 768 (40.813-S); *DJ*, 1998-3-1159) en *Arancibia Clavel*, *LL*, *SJDC*, 13-X-04, esp. pp. 7-12 (la lectura puramente política, tan corriente entre nosotros, no podía dar resultado diferente: ¿Acaso alguien imaginaría en un tema con tan claro precedente de la Corte de Menem, que *esta* Corte se ubicara a la derecha *de la Corte defenestrada*?) Quienes tal vez no venían siguiendo atentamente la evolución del nuevo derecho internacional imperativo en materia de delitos de lesa humanidad (muchas veces publicada, pero quizás no aprehendida en su entera dimensión, por ejemplo CIDH, *Barrios Altos*, 2001, *LL*, 2001-D, 558 y demás antecedentes) se ven ahora sorprendidos por la desaparición del antiguo derecho penal nacional, p. ej. GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A., "Reflexiones en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso «Arancibia Clavel»," igual suplemento, pp. 89-98. Sin embargo, no hay motivo para sorpresa académica cuando la propia academia premió y publicó un meridiano trabajo de ZUPPI, ALBERTO, *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, La Ley, 2001, además de conocerse y recordarse otros igualmente claros, del mismo autor: "Recobrando la memoria: Las leyes de impunidad y los crímenes contra la humanidad," *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, 447-475; ver también ZUPPI, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino de Nuremberg al Estatuto de Roma*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.

Si bien la decisión es justa y correcta, conviene notar que en muchos espíritus crea desazón. No hay que echar demasiada leña al fuego, encima en materia de derecho de propiedad en épocas de emergencia, donde la tradicional jurisprudencia es no admitir la destrucción del derecho sino a lo sumo su postergación. Por eso pensamos que la CSJN debe momentáneamente recomponer su rol frente a la sociedad y pasar de la confrontación al espíritu de pacificación de, al menos, no entrometerse desde tan alto estrado con los bolsillos individuales. Deje a los jueces de grado hacer, no pretenda resolver *ella* el universo entero de problemas y encima creativamente mal. No lo merecemos, no lo merece ella misma.

[31] GIL DOMINGUEZ, "El caso «Arancibia Clavel»: Un fallo fundante en torno a la aplicabilidad," *LL*, *SJDC*, 13-X-04, pp. 99-105, esp. p. 105. Es curioso que este autor, que declara aquí la preemi-

Esa Corte está acotada y tendría que hacer muchos malabarismos para llegar a conclusiones distintas en materia de tratados bilaterales de inversión. Claro, todo se puede argüir, y se puede decir que la solución vale para el *ius cogens* porque en suma es conforme a nuestro derecho interno, pero no los tratados bilaterales que "contradicen el orden público local" aunque suman ya 1.100 en todo el mundo. ¿Eso pretenderemos tirar abajo?

No se crea que podrán convencer a nadie que no esté ya convencido de antemano de ello[32] en la misma administración, en el mismo país. Del mundo conviene olvidarse si así es como tiraremos el dado.

A nadie convenceremos que un país periférico, no EE.UU., China, Rusia, pueda celebrar una subred internacional sistemática de 57 tratados análogos, parte integrante de la mentada red internacional de 1.100, sometiéndose a *tribunales internacionales* y luego declarar, si pierde, que la sentencia arbitral internacional contradice el derecho interno y es "nula" a criterio de la Corte *nacional*.

Las sanciones internacionales en caso de reincidencia en el incumplimiento de sentencias de los arbitrajes internacionales tal vez no sean inmediatas pero con el correr del tiempo serán inevitables. Al final de todo ello y para salir de las sanciones... habrá que cumplir de todos modos, sólo que habiendo destruido previamente, todavía más, la economía, la trama social, el derecho. El "modelo" de pobreza, indigencia, parálisis, desinversión, inseguridad interna, ciertamente se multiplicará si elegimos el camino de desafío a la comunidad internacional.

Entre las presiones de un gobierno que quiere, sin una fina percepción de los hechos, que se termine a su favor la discusión de la pesificación asimétrica, y la necesidad de restablecer la vigencia del derecho en el país, el equilibrio de la actual CSJN es harto precario e inestable.[33] El mismo resquemor que nació contra la Corte anterior por apoyar demasiado al gobierno de entonces, volverá a ensañarse en el futuro con la actual Corte, cuando se advierta que no ha mejorado la seguridad jurídica y la fe en el derecho. No es el buen camino.[34]

A mi juicio el criterio orientador para su acción en la hora actual debe ser el mismo que orienta a la CS de Estados Unidos: No *preceder* al resultado del debate

nencia del derecho supranacional, no advierte que en el caso *Cartellone* asoma una solución que el gobierno lee como si fuera contradictoria o una excepción de éste: "El caso «Cartellone c. Hidronor»: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales," *LL*, 23-VIII-04.

[32] Ver NIENTO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 14. Dice NIETO: "Cuarenta años de profesor y no he conseguido nunca convencer a nadie que no estuviese convencido ya de antemano."

[33] "Pero juzgo asimismo que debes proceder de forma suave: que el embrollo [...] mejor que romperlo, lo deshagas:" SÉNECA, *op. cit.*, libros I-IX, p. 103.

[34] Debe ella pues recurrir a la filosofía estoica, recordando que "de la propia filosofía no deberás hacer ostentación: muchos incurrieron en peligro por haberla practicado con insolencia y obstinación: que te libere a ti de los vicios y no eches en cara a los demás los suyos. No desdeñe las costumbres de la mayoría, ni obre de tal manera que parezca condenar cuanto ella no hace. Se puede ser sabio sin ostentación, a secas" (SÉNECA, *op. cit.*, Libros X-XX y XXII , p. 262.)

social, sino *seguirlo* una vez formado, como hiciera la nuestra en *Sejean*. Y no me cabe duda alguna que el consenso social *condena* sin ambages el disparate (aunque varíen al infinito los modos judiciales superadores o morigeradores de él)[35] de las normas del infausto comienzo del 2002, con todas sus disvaliosas consecuencias sociales que son parte del novísimo "modelo."[36] Hay mucho para criticar del anterior, pero conviene acordar que éste da peores resultados aún sin corrupción masiva y desenfrenada,[37] y con mejor recaudación tributaria. Algo muy malo debe haber para que el resultado sea tan catastrófico. Los economistas, desde su óptica, lo conocen.[38] Los abogados practicantes, desde la nuestra, también lo sabemos: Es la falta de confianza, de seguridad jurídica, de fe en el derecho, en el contrato,[39] en la moneda, en el comercio, en todo.

La CSJN no puede, sin alto costo político y de estimación social nacional e internacional, perpetuar el estado de total ausencia de fe en el derecho que atraganta a la ciudadanía, decir que todo eso estuvo entonces, o está mágicamente ahora, perfectamente de acuerdo con la Constitución.

Como tampoco puede —políticamente— decir lo contrario,[40] le quedaba una sola opción, el silencio.[41]

No ha sabido utilizarlo, *Bustos* lo demuestra.[42]

[35] También hay medidas legislativas y administrativas que modifican constantemente el panorama, cambiante si los hay. Uno de ellos es la compensación a los bancos que entonces les obliga ineluctablemente a devolver lo ajeno. Otra son las particularidades de cada caso, que van cambiando con el tiempo. Quien empezó joven y con salud puede terminar anciano y enfermo y en ese momento recibir algo de piedad judicial. Las circunstancias de cada caso son infinitas, por eso hacen mucho daño los pronunciamientos que en este tema establecen fórmulas que puedan ser tomadas como genéricas, si es que van contra el derecho y la razón. Somos partidarios de los fallos *erga omnes* cuando anulan una conducta ilegítima, pero los efectos *erga omnes* de la manifiesta antijuridicidad indemne, amparada por la CSJN, es de lo más funesto que hemos visto.

[36] Reiteramos nuestra referencia de la nota 10 al ilustrativo estudio económico de Dreizen, "Tipo de cambio y pobreza: De eso no se habla," *op. loc. cit.*

[37] Que también, por cierto, cambia de vestimenta. Ahora es la publicidad oficial, pagada por el tesoro, que hace que todos los diarios vean bondades y dichas por doquier. Pero las mediciones de Transparencia Internacional, aún imperfectas, nos colocan en el rango 108 sobre 146 naciones en los últimos dos años: *Buenos Aires Herald*, "Argentina fails TI corruption test," 21 de octubre de 2004, nota de tapa. En una escala de 1 a 10, estamos en 2.5. El primer voto de la CSJN en *Bustos* tiene la intrepidez de hablar de la corrupción *anterior*, contra la cual nada hizo ni nada dijo en su momento. En cambio, como siempre, nada dice del presente, ni siquiera del gobierno anterior. Para este voto, parafraseando a Félix Luna, "Todo es historia," todo menos el presente y el pasado reciente que aquí no están, como si ambos fueran ya "futuro" para que lo encaren otras generaciones.

[38] Dreizen, *op. loc. cit.*

[39] *Supra*, notas 3, 7, 8, 14 y 26; *infra*, nota 42.

[40] De allí la previsibilidad de la que habla Alanis, *op. loc. cit.*

[41] Es como *Hamlet*, "And the rest is silence."

[42] A falta de silencio, muchos e inusualmente fuertes juicios de valor, que han justamente sorprendido y provocado desagrado y desmayo en la doctrina. Ver Borda, *op. cit.*, § I, p. 13, § II.4, p. 14, § II.6, p. 15; Bianchi, *op. cit.*, p. 11; Gelli, "El caso Bustos...," *op. cit.*, p. 5, Manili, *op. cit.*, § II, p. 26; Badeni, *op. loc. cit.*; Barcesat, *op. cit.*, § I, pp. 8 y 9; Carnota, *op. cit.*, p. 29; Wetzler Malbrán, *op. loc. cit.*; Alanis, *op. cit.* Es el propio Tribunal el que, en su encabezamiento, por su inusual lenguaje y manifiestos errores de hecho, desafía frontalmente a la sociedad entera. Ya que la CSJN no

Los cambios no han sido menores, no era hora de convalidar los avances sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos comunes, los que no tienen poder alguno para influir en las decisiones de los órganos de gobierno pero esperan verse tutelados por el Poder Judicial independiente, sea el de grado o —cada vez menos— el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si la Corte Suprema, en esta hora jurídicamente aciaga, no puede políticamente convalidar una decisión de grado que restablece el orden jurídico, absténgase al menos de decirlo expresamente, de reabrir la herida que la instancia de grado estaba tratando de restañar. Deje a la sentencia de grado en pie, rechace la queja. Dedíquese a su función judicial *ordinaria*, deje descansar la *extraordinaria* hasta que la fe en el derecho regrese, de a poco, como decía MAIRAL esperanzadamente.[43]

Y mientras tanto, resuelva el problema estructural de sus miles y miles de causas extraordinarias y quejas por denegación del extraordinario, sempiternamente atrasadas con palmaria denegación de justicia e inseguridad jurídica constante, que sólo puede atender con una masiva delegación, pero que aun así no resulta funcional.[44]

supo ejercer la virtud del silencio y ante la voz disonante de ese voto, los demás votos individuales debieron haber replicado tales *ex abruptos* en el seno del tribunal.

[43] Las referencias de *supra*, nota 1. Un amigo nuestro colombiano decía hace medio siglo: "Nunca las cosas están tan mal que no puedan todavía empeorar." En la emergencia de *Peralta* cayeron los que tenían grandes capitales en *call*, por cientos de millones de dólares cada uno. Ellos aprendieron la lección: Sus capitales estaban ahora fuera del país en euros, yens o francos suizos, ni siquiera en dólares. Otros, cercanos al poder de turno, también aprendieron y se convirtieron en deudores gigantescos del Estado y del sistema financiero, clamando al Ministro de Economía por la pesificación asimétrica que les permitiera cancelar sus deudas con monedas. ¡Oh sorpresa, lo lograron! Sólo los pequeños y medianos incautos fueron sorprendidos con créditos, bonos, depósitos... Ahora, *Bustos* mediante, todos están preparados para la próxima: Nadie tendrá un peso o dólar en ninguna parte de la Argentina, con lo cual la profecía auto-cumplida será al revés: El Estado argentino no podrá despojar a nadie, pues nadie tendrá nada en el país. Ampliar *supra*, notas 3, 7, 8, 14, 20 y 26.

[44] Es tanta la cantidad de personas capaces que trabajan en la Corte, además de los ministros, que se ha ido creando una suerte de omnipotencia de todo poderlo estudiar mejor que cualquier tribunal anterior, todo saberlo más, todo verlo con más claridad. Eso ha llevado al atraso sistémico de la Corte y a que entren muchas más causas de las que debieran, paralizando mientras tanto la ejecución de las sentencias judiciales definitivas de los superiores tribunales de la causa, que de hecho deben esperar a que se resuelva la denegación de la queja para animarse, sin temor, a ejecutar la sentencia. Desde luego, esta crítica no tiene ninguna originalidad. Lorenzetti, luego de ser propuesto para integrar el tribunal, lo ha señalado. También lo había dicho ZAFFARONI, antes de entrar. El gran desafío es poder llevarlo a la realidad.

Pero hay un dato que ha cobrado creciente importancia con los años y es el que señalamos en el primer párrafo de esta nota. Aunque la delegación sea un dato de la realidad, ella debe ser eficaz: Requiere coordinación, dirección, enseñanza y supervisión. Eso no lo puede hacer una corte de nueve miembros siempre mutante, como al presente. Parece haber llegado la hora de frenar, cuando ese sistema produce *Cartellone*, *Cabrera* y *Bustos* sin empalidecer, dejando demudada a casi toda la sociedad, salvo como dice NIETO "el convencido ya de antemano." (*Op. cit.*, p. 14.) Ver también *infra*, notas 47, 49, 57 y 59 de este artículo.

Debe la CSJN arreglar primero su casa[45] antes de querer arreglar al país, *que no puede políticamente hacerlo, no ahora.*[46] Lo primero, si se aplica, tal vez pueda.[47] No cometa el mismo error político de la Corte defenestrada. No más casos espectaculares propios, que ya le endilgarán propios y también ajenos, como a la Corte anterior.

Si la CSJN *no* siguiera estos simples preceptos de sabiduría antigua, el mensaje a la sociedad sería de coincidencia con las irreflexivas normas de aquel primer cuatrimestre aciago de 2002, que además traicionaron a mansalva la fe pública en aquel entonces y a virtualmente toda la ciudadanía menos los beneficiados por la deliberada y confesa desviación de poder gubernativa. ¿Será esa la lección moral y de historia que la Corte nos lega para el futuro?

Esa transferencia de recursos ya pasó: Los nuevos pobres ya fueron incorporados a la estructura de la exclusión. No hay ahora soluciones mágicas. Dejad a la justicia de grado resolver los casos ocurrentes, no creáis en el poder divino de vuestra justicia humana.[48] Y sobre todo no conforméis con vuestra firma la tragedia, como lo habéis hecho en *Bustos*. Eso es una máxima tragedia argentina.

Su escalpelo debía sólo finamente retocar las pequeñas cirugías, sin producir nuevas hemorragias como en *Cabrera*, en una lectura sin matices, o con *Bustos* en que se consagra lo que MARTÍN REDRADO avisó desde hace años qué podía ocurrir, cuando planteaba que las opciones eran cirugía o carnicería.[49] Esto no es cirugía.

Es hora de reflexionar puntualmente sobre el rol actual de la CSJN en la sociedad en esta transición tan agónica, y su pretensión de revisar todo, con el resultado de que las causas nunca terminan hasta que tengan sentencia de la CSJN en la denegación de la queja o peor, la decisión del extraordinario.[50] Eso

[45] Debe recordar a SÉNECA, *op. cit.*, libros I-IX, p. 109, "Pocos son los que mediante la reflexión ponen orden en sí mismos y en sus cosas." La CSJN, al menos esta Corte, debiera ser uno de esos pocos que dice SÉNECA, en estos estoicos momentos.

[46] Es como en caso de accidente en los aviones cuando caen las máscaras de oxígeno; o, si volvemos a SÉNECA, "como sé que su vida depende de la mía, comienzo, para atenderla a ella, a atenderme a mí" (*op. cit.*, Libros X-XX y XXII, p. 264.) Es una variante del también antiguo concepto: "Médico, sánate a ti mismo primero."

[47] El sabio, "al darse cuenta de la situación grave en que se revuelve, insegura, peligrosa, retrocederá, no volverá la espalda, mas, poco a poco, se retirará a un lugar seguro:" SÉNECA, *op. cit.*, libros I-IX, p. 104.

[48] Mucho se ha escrito sobre la necesidad de que la Corte reduzca sus atribuciones, pero nada es lo que se ha hecho. Para mayores referencias puede verse, recientemente, GIL LAVEDRA, RICARDO, "Cambios en la Corte," *LL*, 27-VIII-04, p. 2, quien da mayores y completas referencias bibliográficas. El sustento fáctico lo señalamos al final del presente artículo y en las notas 43, 49, 57, 59 y 61.

[49] Lo reseñamos en nuestro artículo "El estado de derecho en estado de emergencia," *op. loc. cit.*

[50] Si en vez de queja denegada, que por lo menos deja firme lo antes resuelto, la CSJN resuelve el extraordinario o la apelación ordinaria, el retraso puede ser *mayor*, en los hechos: Obliga a los jueces inferiores a dictar *nuevos* pronunciamientos, *otra vez*, ahora para ajustarse a lo dicho en el caso específico por la Corte. Así visto, es un proceso que nunca tiene fin. Hay casos en que un mismo tema llega a la Corte Suprema *tres veces* sin tener todavía resolución definitiva, luego de recorrer *tres veces* las instancias de grado. En tanto y como señalamos en otro lugar de este artículo, la realidad cambia, los números cambian, hay que empezar siempre de nuevo en la misma CSJN. Y

también mella la seguridad jurídica, al eternizar los plazos para hacerse de alguna parte del derecho vulnerado, en tiempo que preceda a la propia muerte de partes y letrados, jueces y profesores. También somos ciudadanos los que aspiramos a tener justicia en tiempo oportuno y no es justicia una decisión de la CSJN terminando un expediente años o décadas después...

Se crea así una brutal paradoja: Que hoy nuestros derechos zozobran allí donde nos enseñaron que iban a tener tutela. Nuestra inseguridad jurídica actual no es qué dirán los tribunales de grado, sino qué ha dicho o dirá la Corte, igual que nos lamentábamos de algunos fallos de la defenestrada Corte. La historia ha así colocado a esta CSJN en una encerrona apocalíptica, de la que necesitará la maestría o la magia de Houdini para desembarazarse ¿Sabrá hacerlo? ¿O seguiremos todos atados también a sus propias cadenas? *Bustos* da la respuesta: Ha dado varias vueltas más a sus cadenas.

La CSJN de este instante puntual de ansiada transición desde el caos hacia la eventual pero ahora muy lejana seguridad jurídica, tiene que dar el ejemplo de terminar rápido los procesos extraordinarios, allí donde le lleguen, sin intentar "unificar" soluciones y "sentar doctrina"[51] para una miríada de problemas que los jueces de grado se hallan —en estos momentos azarosos y complejos— en mejores condiciones de manejar a tiempo, con la riqueza de miles de matices de los casos particulares. No ayudará a la seguridad jurídica que la CSJN empiece a sentar más y "mejores" reglas generales, fueren ellas las que fueren. Empeorarán el caos.

Así por ejemplo una CSJN constantemente revisando las cuentas de los expedientes, como lo vemos a diario, es la negación de su propia instancia extraordinaria, aunque por el devenir histórico haya resultado a veces inevitable. Eso no lo torna bueno. ¿Acaso tiene la certeza de que ella saca las cuentas mejor que otras instancias? ¿Y no saca la cuenta del descrédito social y jurídico en que así pone al derecho y a las instituciones, cuando uno tiene que estar esperando las cuentas que saca la CSJN para ver cuáles son los números del pleito, luego de la debacle y años o décadas de litigio, cuando ya se le fue la vida?[52] ¿Tan poco

luego de la sentencia de la Corte (si es la defenestrada), siguen las discusiones, las investigaciones, los juicios criminales, nuevos actos, nuevos juicios, la eternidad y nunca el fin. De todos estos supuestos tenemos experiencias profesionales directas, no los estamos imaginando. Es muy frustrante y casi lleva a clamar con Séneca, como buen andaluz que soy, "No dispongo de tiempo para esas bagatelas: llevo entre manos un asunto trascendental ¿Qué voy a hacer? La muerte me acecha, la vida se me escapa" (Séneca, *op. cit.*, Libros I-IX, p. 206)... pero los juicios siguen y siguen y siguen. Ver también, en este artículo, *supra*, notas 43 y 47, e *infra*, notas 57 y 59.

[51] O peor, esos *holdings* encubiertos o escondidos como dice Alonso Regueira, Enrique M., "Una puerta abierta, un holding escondido (El caso Cabrera)," *LL*, *SJDA*, 15-X-04, pp. 40-1, que sacarán de la galera en el futuro diciendo que "es doctrina de la Corte..."

[52] De esto también tengo testimonio profesional. Como también señala Borda, *op. loc. cit.*, "Pareciera que el paso de los años no tiene significado alguno y que restituir la moneda original (que luego de lo que hemos vivido nadie lo puede garantizar) a los diez años es algo lógico. No es posible olvidar que para recibir la moneda original debía recibirse un título emitido por un país en default y que los intereses que se preveían eran irrisorios. Lo que se perdía era, en definitiva, bastante más que alguna contribución patriótica."

saben contar las instancias de grado? ¿Y qué autoridad matemática tiene para "contar" quien no puede[53] "calcular" bien las consecuencias sociales y económicas de *Cabrera*, *Cartellone*,[54] *Bustos*?

Para colmo, todo se convierte en profecía autocumplida:[55] Al así proceder pasan los años y vuelve a cambiar la realidad. Entonces el tribunal se ha autocreado la forzada necesidad de sacar otra vez las cuentas, hasta las propias, pues todo es, una vez más, diferente. No le queda ahora y en el futuro inmediato, a mi juicio, sino el camino de ir "gambeteando" de a poco la situación, tratando de no dar definiciones genéricas que consagren para siempre que tienen razón los que han perdido la fe en el derecho actual. Debe ir dejando que las cosas hallen su propio cauce por la fuerza de las instancias de grado, como ha venido ocurriendo en los últimos años, desde la caída al abismo en que aún nos encontramos.

Justamente lo que *no* necesitamos en este momento de nuestra historia, en que las presiones son tan fuertes, son definiciones genéricas de la CSJN en algún caso particular, en esta materia, como en el alarmante *Bustos*.[56] Por favor,

[53] Como diría un personaje de la película de Sordi, *Il Marchese del Grillo*, "Non posso, non debo, non voglio, non lo faró."

[54] Aspecto éste agudamente analizado en Montaldo, Marcelo Antonio, "El fallo «Cartellone»: Las implicancias económicas de una decisión inconveniente," *LL*, SJDA, 19-XI-2004, pp. 15-16. Ver *infra*, nota 54.

[55] Es de hacer notar que un principio de sentido común ha sido una vez más recompensado con un Premio Nóbel ante su demostración científica. Este año 2004 lo obtuvieron Kydland y Prescott por trabajos separados, uno de los cuales se fundamentaba en la experiencia argentina. Si los gobiernos no son creíbles cuando anuncian políticas presentes y futuras, la tendencia de la población es hacer exactamente lo contrario de lo que el gobierno propone como meta, *y entonces aciertan*, porque los gobiernos, previsiblemente, no cumplen con lo anunciado. "La inhabilidad de un gobierno para demostrar sinceridad en lograr baja inflación puede llevar a los consumidores a hacer de la inflación una profecía autocumplida" "En esencia, si el Estado tiene un incentivo para favorecer tendencias inflacionarias —por ejemplo, para causar un temporario aumento de la prosperidad antes de una elección— los individuos deben esperar que lo hará" (*The Economist*, 16 de octubre de 2004, p. 74: "Economics focus") y actuar en consecuencia. (Lo que se anuncia para fines del 2004, con miras a la elección del 2005.)

Toda la población que *creyó* en las leyes del Congreso de la Nación y en las políticas de sucesivos gobiernos, *perdió* ante estos fallos de la Corte. La Corte les dio la razón a los que, desconfiados de las promesas gubernamentales, tenían su dinero en el exterior, y encima *critica ferozmente a los que operaron en el país*. Obviamente, con estos fallos el incentivo que refuerza la CSJN es que nadie traiga su dinero de vuelta, si no tiene amigos seguros en el gobierno para hacer inversiones a corto plazo de alta rentabilidad. Claro, tiene que ser veloz para llevarse el dinero de vuelta al exterior antes que venga el siguiente gobierno, que será nuevamente imprevisible y a quien la futura Corte protegerá en sus futuros desatinos. Esto es la causación circular de la pobreza de un país y de su perpetuo subdesarrollo, que la Corte en estos fallos no hace sino agravar y profundizar.

Desde luego, no hace falta tener un Premio Nóbel para darse cuenta de todo esto. Como dice Prieri Belmonte, *op. loc. cit.*, es ya obvio entre nosotros, después de *Bustos*, que "cuando de parte del Estado se dice lo que se hará, hay que actuar en sentido contrario para estar a lo que realmente sucederá;" "Un fracasado es un hombre que ha cometido un error y no es capaz de convertirlo en experiencia;" "sin duda la desconfianza hará que los perjudicados duden en volver a colocar los ahorros en el sistema del país, aun con una ley que les garantice su intangibilidad." Ver *supra*, nota 53.

[56] En rigor, siempre he pensado que sólo el que tuviera un estado de necesidad individual podía interponer exitosamente el amparo en ese momento de temor de corrida bancaria. ("El estado de

no más "grandes" fallos por el momento en materia de pesificación asimétrica y similares "*Verbis, herbis et lapidibus.*" (CAGLIOSTRO.)[57]

Y más pronto rechazo de quejas, no sirve a la sociedad una tercera instancia *de facto* y para colmo permanentemente al acecho de los supuestos errores cuantitativos de las instancias de grado, como si toda la sapiencia, toda la prudencia, toda la creatividad de soluciones para el caso concreto, toda la sagacidad para ver la prueba, estuviera por milagro divino concentrada de una vez y para siempre en la más alta magistratura del país.[58]

necesidad individual, contracara de la emergencia pública," *LL*, 2002-A, 981.) No es pues el rechazo de la vía lo que nos llama la atención, sino todos los demás mensajes que van incluidos en el voto que encabeza el fallo, aisladamente pero sin réplica expresa suficiente ni adecuada en los demás votos. Por ello se pregunta BARCESAT, *op. cit.*, § I, pp. 8 y 9: "¿Puede sostenerse frente a este mosaico que existe una sentencia? Creemos, sinceramente, que no. Que se trata de un mosaico de opiniones que no llegan a conformar un fallo válido. Son más los interrogantes que deja abiertos que la certidumbre que pueda aportar. En definitiva, una contribución más a la inseguridad jurídica y al deterioro de las instituciones," BIANCHI, *op. loc. cit.*, adelantó la misma observación al igual que GÓMEZ, *op. loc. cit.*: "La autonomía de la voluntad, la buena fe contractual y la seguridad jurídica han sido dejados de lado por la Corte, condenándosenos a una triste consecuencia, el de no ser un país confiable. Por muchos años más seguiremos siendo un país subdesarrollado, para desgracia nuestra y de todos los que habitamos este suelo [...] La Corte, con el presente fallo nos condena a vivir un país sin esperanza, sin esperanza de vivir mejor, en donde los derechos tengan vigencia. Nos condena a vivir en un país en donde lo acordado, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad es pura entelequia, que queda sujeto a lo que el príncipe diga en un momento determinado;" LIENDO, "El caso «Bustos»...," *op. loc. cit.*: "Los capitales que lograron salvarse de esta decisión jurisprudencial ya no volverán y en lo sucesivo nuestro sistema financiero será uno exclusivamente transaccional, es decir, incapaz de proveer crédito a la economía doméstica. Nuestro desarrollo será más lento y nuestros salarios menores [...] En definitiva nos alejaremos paulatinamente de la vigencia de la Constitución con interpretaciones como la que acaba de hacer la Corte y perderemos posiciones relativas con otros pueblos más respetuosos de la Ley y los Contratos. Ninguno de los loables propósitos que avaló la Corte en «Bustos» se obtendrán por el camino emprendido;" PEREZ HUALDE, "Amparo y control de constitucionalidad," *op. loc. cit.*: "Pareciera que carece de toda utilidad lo elaborado por el máximo Tribunal sobre el muy riguroso análisis en materia de razonabilidad, de vigencia del debido proceso adjetivo, de respeto estricto al marco de la ley de delegación, del acatamiento de sus fines expresos, de la imposibilidad de uso del decreto de necesidad y urgencia cuando el Congreso está sesionando normalmente, de su improcedente dictado invocando la misma emergencia que fundó una delegación, etc."

[57] ZOLAR, *Enciclopedia del saber antiguo y prohibido*, Madrid, Alianza, 1982, p. 208: "Palabras, hierbas y piedras."

[58] Es víctima de su propia hipertrofia histórica de causas. Adviértase que no somos críticos de la delegación como método de trabajo, sino que en el caso nos parece que ella no funciona bien al retardar en exceso *toda* la justicia argentina. La delegación en todos los ámbitos públicos y privados es un dato de la realidad, nada más. Así en NIETO y GORDILLO, *op. cit.*, pp. 86-91, nota 17, "El sistema, la vida, los tribunales." Más aún, los arcanos de la CSJN develan que cuando la sentencia es buena y breve, sin artificios ni lujo de precedentes, y se firma por todos, seguramente la hizo alguna Secretaría permanente de la Corte. Cuando empieza a haber diversos votos, largas exposiciones, tediosas citas, es porque han trabajado cada uno de los grupos secretariales de cada Ministro de la Corte con la consiguiente dispersión decisoria y de proyectos, y pérdida de coordinación y páginas que a nosotros nos recuerda al *Dídimo* de SÉNECA. O sea que la cuestión es quién delega y a quién lo hace, no el hecho de delegar. Por eso no soy partidario del análisis minucioso que mis amigos y colegas casi siempre hacen de los diversos votos, es casi alabar el disfuncionamiento material del sistema de control. Ver también *supra*, notas 43, 47 y 49, e *infra*, nota 59.

Pues entonces se podría proponer llevar el problema a su máxima expresión, y hacer de la CSJN un tribunal colegiado de primera y única instancia para todo el país, en todas las materias. Eso no está en la Constitución, pero sí está en la realidad de los hechos, desde el salto de DROMI. No es primera y única instancia,[59] pero es la única instancia en que se decide finalmente qué es el "derecho" en el caso concreto, más las cavilaciones de la doctrina y la jurisprudencia de grado sobre cómo interpretar y qué alcance dar a sus a veces herméticas decisiones, cuando son demasiado largas y con demasiados votos.[60] Nos estamos muriendo todos, en el camino.

¿O es que no ven la finitud de la vida humana? Cuando un tribunal enfrenta un tema de salud en que está en juego una concreta vida humana, generalmente el valor vida le hace encontrar rápidamente soluciones justas y equitativas. Pero, ¿necesitan mirar la muerte de frente en un caso concreto para darse cuenta que todo urge, pues todo el mundo se muere? Le escapan de mañana en el bazar de *Bagdad*, les encontrará en la noche de *Samarra*.[61]

Su prudencia estará en su silencio para las grandes determinaciones, su rápido apartamiento de las causas que le lleguen sin razón empírica suficiente salvo "agotar todas las instancias." Es que se nos agota la vida mientras tanto, que es un bien superior, y dejaremos a nuestras generaciones siguientes el legado de la desconfianza, la desesperación, la inexistencia de fe en el sistema jurídico que realmente funciona, no el que predicamos.

[59] Salvo en la inevitable jurisdicción constitucional originaria, desde luego.

[60] El problema de los votos disidentes o fallos que parecen monografías lo vimos *supra*, nota 57, *in fine*. Y es así como uno relee lo dicho por SÉNECA: "Escribió cuatro mil libros: le compadecería sólo que hubiese leído tan grande número de [...] cuestiones [...] que, si las supiere, debería uno desaprenderlas." (*Op. cit.*, Libros X-XX y XXII , p. 96.) La frase, en muchas variantes, es recurrente en la historia universal del derecho. Recientemente la recuerda NIETO, de otro autor: "mi deseo es olvidar lo que otros con tanto empeño se esfuerzan en aprender." (*Op. cit.*, p. 15.) Hemos recogido a IHERING y otros en nuestra *Introducción al derecho*, con igual alcance: www.gordillo.com y *An Introduction to Law*, o *Une introduction au droit*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS. Ver también lo que explicamos en su cap. V, "Cómo leer una sentencia," antes publicado en *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, año III, N° 4, agosto de 2001, pp. 9-21. El problema de los fallos donde se gastan toneladas de papel, en un seguro daño ambiental y económico, ya lo advertimos en "Ninguna clase de hombres...," *LL*, 1995-D, 718 (nota al fallo de la CSJN en *Horvath*), reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 51-6. Ver también notas 43, 47, 49, 57 y 61.

[61] Este cuento tiene distintas versiones (John O'Hara y otros), una de las cuales es la de GARCÍA MÁRQUEZ, "La muerte en Samarra." Su recuerdo inspira también otro de los comentarios a *Cabrera*: MORA, ROBERTO DANIEL, "Crónica de una muerte anunciada (a propósito del caso «Cabrera»)." Es que la muerte ronda estos casos, de verdad. Esto no es realismo mágico, es la realidad pura, lisa y llana. La gente se está muriendo sin recuperar sus ahorros: ¿Qué fe en el derecho se cree que le transmitirán a sus deudos? ¿Qué legado queremos para las siguientes generaciones, en materia jurídica? En materia económico-financiera: Deudas, desinversión, pobreza, falta de crédito. (*Supra*, nota 3.) En materia jurídica: Inseguridad y falta de confianza. No podemos arreglar la económico-financiera, arreglemos al menos la jurídica. La falta de perspectiva histórica es de lo contrario apabullante.

Su honor estará en hacer un discreto y quizás largo "mutis por el foro" en estas cuestiones.[62] A partir de *Bustos*, puede decirse que esta Corte ya habló demasiado. Llámese a silencio, por amor de Dios.

Dejad en la hora ríspida al Poder Judicial de grado, lo que es del Poder Judicial de grado.[63] Nada puede hacer la CSJN, por mejor integración que tenga —y de hecho la tiene—, sino empeorarlo todo en la borrasca que impide la visión a largo plazo.

¿Mi vehemencia es exagerada? No lo sé. Está a la medida de mi sufrimiento por lo que veo a mi alrededor.

[62] SÉNECA, *op. cit.*, libros I-IX, p. 18: "Debe obrar el que está ocioso y reposar el que obra. Consulta con la naturaleza: ella te indicará que tanto el día como la noche son obra suya." Ver *supra*, notas 43, 47, 49, 57 y 59. Es noche para los recursos extraordinarios y sus quejas, es hora de descansar y devolver esos expedientes para que la justicia siga su curso.

[63] "Sepan que las mejores cosas son patrimonio común:" SÉNECA, *op. cit.*, libros I-IX, p. 57. El concepto se repite en la p. 100, con otras palabras, y en otra epístola de SÉNECA. Ver *supra*, notas 43, 47, 49, 57 y 59.

Capítulo XII

LA CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DEL ETERNO RETORNO. EL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO PARA EL 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿DESPUÉS PARLAMENTARISMO Y SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS MODERNO?

Por Agustín Gordillo

Sumario

1. Introducción 191
2. Un país en ruinas y su proyección constitucional 199
3. Por qué Cristina en el 2007 209
4. Qué hace Kirchner durante la primera Presidencia de Cristina 221
5. Kirchner en el 2011 222
6. La constitucionalidad del eterno retorno 224
7. El fin del sistema presidencial de partidos políticos actuales 233
8. Por qué no convenzo a mis lectores y mucho menos a los políticos opositores 235
9. Pie de página 239

Capítulo XII

LA CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DEL ETERNO RETORNO. EL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO PARA EL 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿DESPUÉS PARLAMENTARISMO Y SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS MODERNO?[1]

Por Agustín Gordillo

1. *Introducción*

Este artículo tiene varias líneas temáticas. Una es la elección de Cristina para el 2007-2011 y de Kirchner para el 2011-2015, y así sucesivamente, de acuerdo al artículo 90 de la Constitución. Ello, a la luz de la interpretación *normativa* del texto expreso del artículo 90, en el contexto de nuestra *praxis* jurisprudencial e histórica, como aquí analizaremos. Podrán seguir intercambiando el mando hasta el fin de sus vidas, mientras los votos les den,[2] con exclusión permanente de toda otra alternativa política. Aquí saqué la cuenta hasta el 2031, pero podría ser más. Y no estamos tampoco haciendo una cuestión de sus personas, sino más bien del movimiento que encarnan: Si sus nombres fueran cambiados, lo serán por otros del mismo movimiento o sentimiento, no por otros partidos de oposición, hasta que cambiemos de presidencialismo a parlamentarismo,[3] como aquí intentaremos explicar. Para que los votos les den específicamente a Kirchner y Cristina, en todo caso, hacen falta muchas condiciones:

[1] Publicado originalmente en *RPA*, 2006-2, RAP, pp. 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios.

[2] Un editorial del *Buenos Aires Herald* del 28 de julio del 2006, que de ningún modo puede considerarse oficialista, tiene números que asombran. En un rapto de lirismo pesimista, seguramente, atribuye a toda la oposición conjunta un máximo potencial del 20% y la chance de superar el 5% solamente a tres: Lavagna, Macri y Carrió: *Opposite of opposition?*, p. 10.

[3] La idea no es original, desde luego. El último en proponerla fue Guibourg, Ricardo A., "¿Para qué sirve el Parlamento?," *LL*, 14 de agosto de 2006, pp. 1-3.

1.1. *Concentración presidencial del poder económico nacional*

1.1.1. *Argentina*

Siempre hemos tenido una fenomenal concentración de poder económico en la cabeza del titular del poder ejecutivo federal y como explicaremos en el siguiente punto, hoy en día todavía lo está más. Lo mismo ocurre en México, pero allí no hay reelección. Menos, la alternativa vitalicia de este proyecto.

1.1.2. *Estados Unidos*

Para aquellos que piensan que nuestro presidencialismo pudo o puede copiarse del de Estados Unidos, piénsese en el primer abismo que nos separa en este aspecto. Esta inmensa concentración de poder económico no existe, ni remotamente, en ese país, ni existió nunca. De Estados Unidos hemos recibido el esquema del *rule of law* y control judicial de raigambre inglesa, y allí debemos seguir buceando en lo fundamental,[4] pero **no** para insistir en el sistema presidencial mismo, por lo que veremos en este artículo.

1.2. *Concentración total del poder político*

1.2.1. *Argentina*

Por de pronto, nuestro sistema presidencial es una caricatura el presidencialismo norteamericano, porque allá el presidente necesita acuerdo del senado para nombrar a sus ministros, lo cual obliga a una audiencia pública en la que los senadores de la oposición tienen oportunidad de interrogarlo largamente sobre sus puntos de vista y su trayectoria. En nuestra Constitución desde un comienzo se estableció que el Presidente nombra por sí sólo los ministros, con lo cual bien señala BARRA que nuestro modelo no es presidencial, sino hiper-presidencial.[5]

[4] Ver por ejemplo PÉREZ SANMARTINO, OSVALDO A., "La influencia de los Estados Unidos en el constitucionalismo argentino," *Res Publica Argentina RPA* 2006-1, Editorial RAP, Buenos Aires, 2006, pp. 43-75 y toda la copiosa bibliografía de ALBERTO B. BIANCHI, que es seguramente quien más ha indagado en nuestras fuentes norteamericanas.

En particular, sobre las fuentes de la Constitución nacional, ver el excelente libro de GARCÍA-MANSILLA, MANUEL / RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 1ª ed., 2006, cuya cuidadosa lectura recomendamos muy especialmente.

[5] BARRA, RODOLFO CARLOS, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 3, *Administración Pública. Jefe de Gabinete. Empresas públicas*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, cap. XXV, § 25 y 26, pp. 163-170 y sus remisiones al tomo 1, cap. VIII, § 87 y ss. Por distintos fundamentos y argumentos, esto fue siempre así, nunca lo hemos podido cambiar. Recuerda DALLA VÍA, ALBERTO R., "Emergencia económica y derecho de propiedad en Argentina," *RAP*, 333:11 (2006), cómo NINO caracterizaba lo que denominaba nuestro "hiperpresidencialismo hegemónico" por el abuso del estado de sitio y de la intervención federal. Hoy no se abusa de esas armas de concentración del poder político y en cambio se abusa de la invocación del estado de emergencia avanzando contra el derecho de propiedad, según el autor, en al menos ocho aspectos que a su juicio la justicia no controla adecuadamente (p.18). El "hipresidencialismo hegemónico," pues, cambia de ropajes, pero sigue en

Pero a partir de ese primer punto de partido erróneo hemos avanzado todavía mucho más en esa, la peor de las direcciones con la cual nacimos.

Nuestro presidente ha realizado en efecto una fenomenal construcción adicional de poder político, como Perón en su primera presidencia, incluyendo el propio movimiento y hasta las jurisdicciones en manos opositoras, como veremos en el § 2.

En la historia argentina este proceso se vivió siempre como el caudillismo, que tan magistralmente explicaran PÉREZ GUILHOU y otros,[6] pero a mi juicio este fenómeno es ahora distinto. Falta, por de pronto, el elemento carismático, notoriamente ausente en este caso, pero quizás por eso necesitó agregar más elementos objetivos de poder material y duradero sin depender de las personas.

1.2.2. *Estados Unidos*

EE.UU. se ha caracterizado siempre, a la inversa, por la fractura o ruptura del poder en tantas pequeñas partes como sea posible, cuanto más pequeñas mejor, precisamente para que nadie pueda concentrarlas en ninguna hipótesis. Hay quienes dicen, incluso, que la hipótesis política actual es la deliberada atomización del poder político. Comparar el presidencialismo argentino con el estadounidense, en ambos contextos, es simplemente absurdo. Los nombres son iguales, nada más lo es.

1.3. *Control del Congreso*

1.3.1. *Argentina*

Nuestro presidente ha logrado el control del Congreso, como lo muestran las últimas novedades legislativas sobre delegación total del poder presupuestario,[7] la ley 26.122 que procura[8] ampliar extraordinariamente las facultades presidenciales

constante crecimiento. En este artículo veremos otros aspectos contemporáneos que nos llevan a la misma conclusión que GUIBOURG.

[6] PÉREZ GUILHOU, DARDO, "Presidencialismo, caudillismo y populismo," separata de los Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005, también publicado en www.ancmyp.org.ar

[7] Ver DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, "Los superpoderes al Jefe de Gabinete," *LL*, *Suplemento Actualidad*, 27 de julio de 2006, p. 1.

[8] Aunque tiene un flanco débil, extremadamente vulnerable al aparente proyecto oficial de suma del poder público: No fija plazo al Congreso, *pero el plazo está en la Constitución y en la propia ley*: *Es la primera sesión que celebre cada cámara*. Si en esa *primera* sesión no se ratifica el decreto de necesidad y urgencia, delegado, o de promulgación parcial de leyes, simplemente estos quedan automáticamente sin vigencia: Es la única interpretación congruente con el espíritu de la Constitución y un sistema republicano y democrático de gobierno en que funcione la tripartición de poderes y no la suma del poder público.

Esto es como los crímenes de lesa humanidad de la última dictadura militar: Tarde, no temprano, serán considerados como lo que son. Es la debilidad ínsita a nuestra sociedad civil que hace que estas cosas nos pasen; la culpa no es de los gobiernos, es de la débil sociedad civil, que jamás reacciona a tiempo, ni para prevenir, ni para impedir, ni para corregir, ni siquiera para censurar, mucho menos para castigar con la censura social, ni siquiera retroactivamente. Hasta el recuerdo de la historia queda impune. Así de débiles somos.

para dictar decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes; lo que, sumado a la delegación genérica en materia presupuestaria,[9] equivale a la auto clausura del Congreso a favor del Poder Ejecutivo. La independencia de la justicia, en este contexto, está a su vez seriamente amenazada,[10] máxime con un consejo de la magistratura ahora en manos del poder político en virtud de la ley 26.080.[11]

1.3.2. *Estados Unidos*

En EE.UU. el partido que esté en el gobierno podrá o no tener mayoría en una o ambas cámaras, lo cual no es común pues casi siempre están en virtual equilibrio, pero aún así cada diputado o senador se debe a su propio electorado, no al presidente, y debe constantemente atender y hacer campaña en su propio estado base y ganar o perder las elecciones allí. El apoyo presidencial le acompaña en el tramo final de la campaña con su electorado local, pero las elecciones las

[9] Ley 26.124, que modifica en modo permanente el artículo 37 de la ley 24.156 de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional.

[10] Ya venía con malas noticias, como la facultad inquisitiva acordada por simple decreto a la Oficina Anticorrupción para actuar en sede penal, en manos del ejecutivo en lugar de un organismo independiente (CSJN, *Gostanián*, 30-V-2006), al igual que la UIF, unidad de investigación financiera. Tanta concentración de poder en el órgano ejecutivo, toda al mismo tiempo, es incompatible con cualquier noción razonable de democracia.

El contexto ha sido explicado admirablemente por Pérez Hualde, Alejandro, "La postergación institucional," *LL*, *Suplemento Administrativo*, Octubre del 2006, pp. 1-15, cuya cuidadosa lectura recomendamos muy enfáticamente.

[11] Poco es por ende lo que puede hacer la Corte Suprema en ese contexto, como lo hemos explicado en nuestro artículo "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?," *LL,* 2005-A, pp. 905-921 y sus remisiones, especialmente a diversos artículos contemporáneos de Héctor A. Mairal; esto ha agravado las señales previas, que ya eran malas, como lo explicamos en "Una celebración sin gloria," en Bidart Campos (dir.) *150° Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en *LL*, 2003-C, 1091-1102 y poco antes en "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64 y sus respectivas remisiones.

Bien podría decirse que los cultores del derecho público argentino piensan todos de manera similar, cada uno a su manera y simultáneamente, pero las fuerzas de la sociedad civil parecen empezar a flaquear ante la inutilidad de los esfuerzos y la obviedad manifiesta de los errores e infracciones de los poderes públicos. El silencio ciudadano comienza a ser audible.

En otras palabras, la sociedad civil no está a la altura de sus obligaciones, como lo demuestra su reiterada insistencia en llamar "Leyes" a los decretos leyes de las últimas dictaduras: No importa cuán horrendos hayan sido sus crímenes de lesa humanidad, igual toda la sociedad les rinde ese respetuoso o acaso temeroso homenaje perpetuo de llamar "Leyes" a sus así llamadas leyes de facto: Los mismos actos judiciales que los procesan por delitos de lesa humanidad siguen llamando "Leyes" a sus aberrantes actos de invasión del poder de legislativo *de iure* con los cuales cometieron tales delitos de lesa humanidad.

Así cualquiera sabe que es posible abusar sin límites del poder y no tener que pagar siquiera el precio del oprobio social: Tienen asegurada la —hasta aquí— perpetua y virtualmente total aquiescencia intelectual de la "intelligentzia" local. El problema no es pues el gobierno, el problema es la sociedad.

Ver el debate Gordillo, Agustín y Campolietti, Federico, "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.59/72? Un debate epistolar y generacional," *LL*, *Suplemento administrativo,* octubre de 2006, pp. 69-73.

gana o las pierde él. Su fidelidad mayor está con su propio electorado, no con el presidente de la Nación.

1.4. *El escaso rol de la prensa independiente argentina y los limitados sectores de la sociedad en que influye*

1.4.1. *Argentina*

En la Argentina no hacía falta, pero se agregó, limar a la prensa independiente, por veleidad personal o en el mejor de los casos por pensar que podría llegar a ser un obstáculo, en una parte minoritaria de la población electoral, a tal proyecto a largo plazo.

Nuestro presidente se ha ocupado anticipadamente de ella en forma denominada "sutil," pero efectiva;[12] de sutil, desde luego, últimamente no tiene casi nada. No se ha dejado nada librado al azar en este proyecto político a largo plazo.

Se ha tensado innecesariamente la cuerda: No se necesitaba a esa parte minoritaria del electorado para ganar las elecciones del 2007 y en cambio genera mala fama internacional sin verdadera necesidad política interna.

Esa violación constitucional y política es pues, además, un error táctico en una estrategia a largo plazo. Más de la mitad de la población sólo mira la televisión abierta, las radios, y el diario de principal tirada. Ellos han sido sofocados y cooptados, desde el vamos, por diversos medios indirectos y directos: Eliaschev fue el último mohicano de las radios estatales. Antes de este último de una larga serie de errores en esta materia, ya más de la mitad de los grandes números electorales estaban seguros en las manos del poder.

El esquema cierra. Lo cual se deduce de la escasa repercusión masiva de los diarios y periódicos relativamente críticos, a que solamente acceden algunos sectores intelectuales y de la clase media alta. Su influencia sobre alrededor de un tercio del electorado no debiera haber preocupado al gobierno. Tampoco hay que olvidar el resultado electoral de 1946 y 1973, incluso 1989, repetido en 2005: Es el mismo movimiento o sentimiento en su misma variante de proyecto político *lato sensu,* con las variantes que sus actores le imponen según los tiempos.

La clase alta, por fin, sigue muy de cerca la información que hace a sus intereses sectoriales, hoy en día nacionales e internacionales, y tiene fuentes de información tan sofisticadas o más que las del gobierno. No depende mucho de la prensa para informarse. Los mecanismos de acción son otros. Los intereses son distintos.

No está interesada en la conquista electoral y ni siquiera en la defensa del sistema, salvo la excepción de algunas empresas o empresarios que sostienen

[12] Como lo documenta el libro que el Open Society Institute publicó como *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina,* Buenos Aires, 2005, en colaboración con la ADC, Asociación por los Derechos Civiles; también en edición inglesa, *Buying the News: A Report on Financial and Indirect Censorship in Argentina,* Nueva York, 2005.

periodismo independiente y algunos otros que se dedican a la política pero con cierta falta de manifiesta vocación real de poder: Así no llegarán nunca, y lo dan a entender claramente, como veremos.

1.4.2. *Estados Unidos*

En EE.UU. la televisión abierta es independiente y no responde al gobierno. Hay diarios y periódicos nacionales, regionales y locales con una tradición de independencia que jamás se imaginarían sometidos al control presidencial. Ni tampoco las empresas privadas retacearían su publicidad a los medios con los cuales el gobierno esté disgustado.[13] La rutina argentina es inimaginable en los EE.UU. Otro abismo de diferencia que hace imposible comparar el sistema presidencial argentino con el norteamericano.

1.5. *La constitucionalidad normativa (art. 90) del proyecto político en análisis*

Con estos ingredientes previos, que son parte inescindible de la historia argentina, se agrega ahora el proyecto presidencial posible a largo plazo: Él no es puntual y normativamente cuestionable, ni podría haberse evitado o podrá evitarse en el futuro con otra innovación que alguien quiera aportar desde su biblioteca, que será superada de inmediato por la real creatividad que aportará la alquimia de decenas de astutísimos políticos —y sus decenas de asesores— a la búsqueda del poder. Habrá otros Perón, habrá otros Menem, habrá otros Kirchner, cada vez que uno de ellos deje el espacio vacío. Kirchner es quien está realizando el esfuerzo más sofisticado de la historia para que lo último no ocurra.

Esto no se arreglaba en el 94 ni se lo hará en el futuro retocando algún aspecto del presidencialismo, pues *todo ello no sería posible si no tuviéramos precisamente el sistema presidencialista bajo cualquier modalidad normativa.*

El es apto para una sociedad como los Estados Unidos (aunque, reiteremos, allá el nombramiento de los ministros requiere audiencia pública en el Senado y aprobación expresa por éste, cosa que acá nunca existió), pero manifiestamente inapto para una sociedad como la nuestra, tal como lo demuestra toda nuestra historia. Ese aspecto histórico lo desarrollaremos progresivamente en las notas y parte del texto.

Ese es pues el segundo tema de nuestra argumentación que, sabemos, no convence a nadie sino a los que ya estén convencidos de antes (NIETO): El cambio al parlamentarismo.[14] Más aún, para restarle la poca credibilidad que la idea pueda tener, le agregamos un elemento más de incredulidad: Uno de los grandes

[13] Ver por ejemplo FONTEVECCHIA, JORGE, "Domingos de papel," *Noticias*, 29 de julio de 2006, p. 35.

[14] Uno de los que no convenceré es FERREYRA, GUSTAVO RAÚL, "Sobre la reforma constitucional. Análisis de la necesidad de un nuevo momento constituyente para el Estado argentino," *JA*, 2006-III, Fascículo 2, 12 de julio de 2006, pp. 3-13, esp. p. 9, donde propone suprimir la reelección presidencial, limitar los decretos de necesidad y urgencia y debilitar fuertemente la delegación legislativa. Por lo que veremos en este artículo, ello nos parece una tan modesta como irrealizable proposición.

intelectuales argentinos de nuestro tiempo le dijo al presidente, no hace mucho, que el país necesitaba, precisamente, un régimen parlamentario y éste contestó, con una sonrisa: "Todavía no. Todavía no." O sea, el propio presidente sabe que este experimento de caudillismo, distinto a otros de la historia, no termina con la probadamente ingenua condena del artículo 29 como preanuncian algunos autores y lo soñó la Constitución de 1853, cuyos ciento cincuenta años celebramos sin gloria hace poco.[15] No termina tampoco como las dictaduras, con revoluciones, muertes, etc., y reimplantación del mismo sistema, sino con la caída total del sistema presidencial y la instauración en cambio de un sistema parlamentario. La historia será esta vez ineluctable. Este artículo estaba terminado en febrero de 2006 (salvo la referencia al caudillismo histórico de los argentinos, que explica PÉREZ GHILOU con profusa bibliografía) y su aspecto más llamativo en ese momento era la candidatura de Cristina, que yo consideraba segura pero no estaba oficialmente definida. Como una parte de la profecía ya se tornó verosímil, mi temor a ser rotundamente desvirtuado por los hechos ha disminuido y por eso me animo a publicar este artículo, no sin cierta hesitación al ver el avance de la intemperie y el silencio.

1.6. *Otros enfoques*

Toda esta temática no estaría completa si no incluyera otros ingredientes históricos, sociológicos, políticos, antropológicos y algunos datos de actualidad. Todo ello está en notas. Cada uno requiere su propia fuente de referencia, los últimos en los diarios y periódicos, los cuales hay que leer de una manera sofisticada para poder extraerles todo su fruto. Igual lectura que requiere este artículo. Esta variedad y multiplicidad simultánea de enfoques era inmanejable en el texto, a riesgo de hacer un libro, lo que no tiene sentido hablando de un tema que se inicia con la futurología, materia de corta vida si las hay.

1.6.1. *Estados Unidos*

Adelantamos un dato antropológico fundamental: Los *pilgrims* norteamericanos, familias de ingleses que fundaron las colonias americanas con voluntad de trabajo e independencia del Estado, fueron integrando a su seno y a su cultura a las sucesivas inmigraciones. Esa cultura fue y sigue evolucionando con las mismas pautas protestantes de ética del trabajo y demás connotaciones que debiéramos conocer: No son las nuestras. Los *pilgrims* ingleses fueron a EE.UU. a trabajar, producir, crecer, con independencia de todo otro poder, en primer lugar del mismo Estado.

Debemos ir por todo, o no lograremos nada. Todo, para nosotros, es suprimir el presidencialismo y adoptar un sistema parlamentario.

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

1.6.2. *Argentina*

Nuestra cultura se ha hecho de una mezcla a sangre y fuego de las culturas indígenas existentes en el país (cuya cultura tampoco era la de otros pueblos de América, como también veremos) y fuimos exitosos en asimilar a nuestra propia cultura a los invasores y conquistadores primero, e inmigrantes después. Los hombres europeos, no familias, que vinieron a la Argentina buscaban inexistentes riquezas y para ello asolaron la tierra, mataron y fueron muertos, engañaron y fueron engañados, robaron y fueron robados, violaron y mestizaron. Esa es la materia prima sobre la cual se construyó toda la posterior cultura. Se han morigerado los extremos más agudos, es cierto, pero el trasfondo ha quedado, como lo advertirá el lector que tenga a bien ver las remisiones de las notas y la conclusión de nuestro § 9.

El cacicazgo consensuado servía en las muy pequeñas tribus indígenas de hace quinientos años. No sirve para un país de nuestra extensión y población donde el control social no existe ni siquiera a nivel local o grupal, ni existió nunca.

Peor, el que ejerce control social es considerado y tildado de "botón," "buchón," "autoritario," etc., en primer lugar por sus propios amigos. Por eso cuando viajamos al primer mundo cambiamos de inmediato nuestros patrones de conducta, y cuando regresamos es con alivio, pues volvemos a la libertad salvaje a la cual nos hemos acostumbrado desde siempre.

1.6.3. *Costa Rica, Chile, Uruguay*

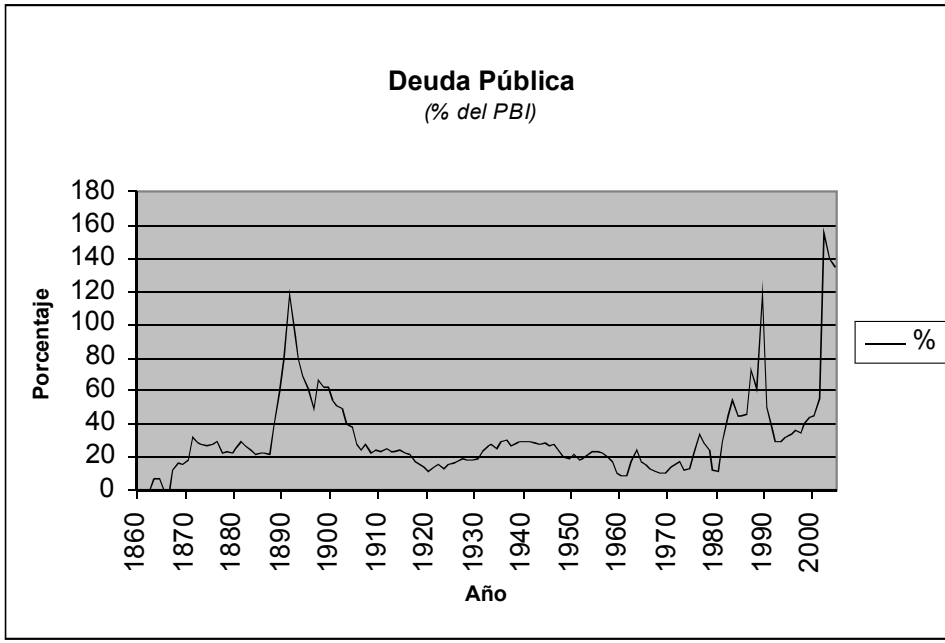
El presidencialismo electoral sirve en países pequeños *donde existe control social*, como Costa Rica, Chile, Uruguay, pero no puede funcionar —máxime con todo el encuadre económico y político antes descrito— en un país extenso y *sin control social alguno posible*, como ha sido siempre el nuestro. Nos equivocamos de entrada en el sistema de gobierno.

1.6.4. *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Pienso que los ciudadanos de Buenos Aires, por su mayor control social del poder político, pueden iniciar el cambio. Ya he expresado mi optimismo al respecto, en otro tema, en las palabras que pronuncié el 28 de junio en la clausura de un evento académico local.[16]

[16] Puede consultarse en www.adaciudad.org.ar, Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. *Un país en ruinas y su proyección constitucional*



Fuente: "Dos siglos de economía argentina (1810-2004)," capítulo: Sector público.

2.1. *La ruina perpetua*

De los gráficos anexos surge claro[17] que estamos en la ruina, y desde cuándo, cuánto.[18] Si bien las cifras varían de un economista a otro, de un periódico al siguiente, de una fecha a la otra, pareciera no existir dudas que tenemos un patrimonio neto negativo comparable y en rigor harto superior al de la crisis de

[17] Salvo para la época de las privatizaciones en la década de 1990, cuyo ingreso fue computado como corriente, y por ende disminuyendo transitoriamente el nivel de la deuda pública, para luego rebotar a su nivel anterior, como se explica en las notas originales a los cuadros que insertamos, todo lo cual se encuentra en FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2004). Historia argentina en cifras*, El Ateneo/ Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3.

[18] Parafraseando así el breve y excelente artículo de ELIASCHEV, NICOLÁS, "Peajes y subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo," publicado en el primer número de *Res Pública Argentina, RPA 2005-1*, pp. 11-17 (Ediciones Rap, Buenos Aires, 2006), cuya lectura enfáticamente recomiendo aunque no esté directamente vinculado al objeto del presente trabajo, salvo en cuanto hace al uso inmotivado de fondos públicos. Así como en foros internacionales se sostiene la ilegalidad o ilegitimidad de los subsidios, *v.gr.* GUADAGNI, ALIETO A., "La ilegalidad de los subsidios," *Clarín*, 7 de enero de 2006, el mismo criterio parece aplicable a nivel interno. Sin embargo, lo que sostenemos afuera no lo aplicamos adentro. Esa auto contradicción la condenó en derecho, desde siempre, la CSJN (últimamente en *Arce*, *LL*, 1997-F, 696, con nuestra nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," reproducida en *Cien notas de Agustín*, FDA, Buenos Aires, 1999, pp. 171, recordando el precedente de la CSJN *Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Gobierno Nacional, J.A.,*1989-IV, 429); sólo falta aplicarla. Curiosamente, el brocardo de estos fallos se le aplica al propio tribunal.

1890,[19] como surge de los apabullantes gráficos, análisis y tablas de una impo-

[19] Que fue "una de las más difíciles que se recuerdan en la historia económica argentina." CORTÉS CONDE, ROBERTO, *Dinero, deuda y crisis. Evolución fiscal y monetaria en la Argentina. 1862-1890,* Editorial Sudamericana / Instituto Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 1989, p. 243. Por supuesto, la crisis (peor que la actual) no fue producto de un momento histórico excepcional, sino la suma de una serie de desaciertos de toda la historia argentina previa, que luego se repetirían, por coincidencia histórica, a partir de la publicación de este libro en 1989. Fue como si su publicación fuera tomada, no como lección de la historia y de la experiencia, sino perversamente como libro de texto de todo lo que había que hacer mal, según la historia económica argentina, para tener otra crisis similar o peor. Los errores vienen de lejos: Mitre (cap. I, esp. p. 36), Sarmiento (cap. II, esp. pp. 79, 80), Avellaneda (cap. III, esp. p. 110), hasta llegar a lo que el autor llama la "Euforia y Crisis" de la presidencia de Juárez, capítulo V, caracterizada por "su desaprensión, su optimismo exagerado" (p. 176); "el gobierno, embriagado de optimismo" (p. 176).

La descripción que el autor hace de algunos trazos de esa crisis, en las páginas de este capítulo, parece páginas robadas al futuro que habría de seguir a la publicación del libro en 1989, tanto en la década de 1990 como en la década del 2000 que estamos transitando "embriagados de optimismo." Sería bueno que el lector consultara este libro de historia económica argentina y buscara las analogías con la historia económica y política contemporánea argentina. Se sorprendería de los paralelismos. Ahora bien, si Mitre, Sarmiento, Avellaneda, cometieron errores del calibre que cometieron, preparando el terreno para el desaguisado final de Juárez, ¿qué decir de la lista de errores gigantescos o no tanto, según el caso, de los gobiernos militares, peronista, militares, peronista, terrorismo de estado militar, alfonsinista, menemista, delarruista, duhaldista, que ahora en algo enmienda Kirchner, antes de derrapar? Cada uno toma una hoja distinta de errores del pasado, pero todos toman alguna, y todas se suman, ineluctablemente. No terminaremos como los mayas, pero hay algo autodestructivo en esa colectiva repetitiva conducta irracional, falta de percepción, error de anticipación, elección de soluciones probadamente erróneas, etc., que describe DIAMOND, JARED, *Collapse. How Societies Choose to Fail or to Succeed*, Viking Penguin, Nueva York, 2005, esp. cap. 14, pp. 419-440.

De todas maneras, conviene recordar que esa "desaprensión," ese "optimismo exagerado," ese estar "embriagados de optimismo" tiene algún parentesco con la memoria social y la construcción histórica que se recoge de algunas tribunas indígenas argentinas. Ver por ejemplo el relato que transcribe GORDILLO, GASTÓN, *Nosotros vamos a estar acá para siempre: historias tobas*, Buenos Aires, Biblos, 2005, p. 13: "…nosotros no nos afligimos […] No tenemos que preocuparnos porque nosotros somos aborígenes [podría sustituirse: Argentinos]. Nosotros vamos a estar acá para siempre." Ese pensamiento aborigen histórico y actual no está muy distante del resto del pensamiento colectivo contemporáneo frente a la ruina nacional; es que somos todos argentinos (aclaro que estas son mis palabras y no las de GASTÓN). Se puede ampliar este pensamiento cultural de nuestros aborígenes en GORDILLO, GASTÓN, *Landscapes of Devils. Tensions of Place and Memory in the Argentinean Chaco,* Durham y Londres, Duke University Press, 2004, esp. cap. I, § 6, "In the Bush, You Can Do Anything", p. 88 y ss.; § cap. II, 10, "We returned Rich," p. 139 y ss. y 11, "Dancing, Dancing, Dancing," p. 149 y ss.; cap. III: "Foraging Until the End of the World," § 13, "We're Not Going to Die," p. 169 y ss., §15 "With the Fish, We're Rich," p. 198 y ss. Todas estas expresiones indígenas textuales no tienen nada que envidiar al pensamiento generalizado del argentino medio, cambiando simplemente algunos términos. Las diferencias son cuantitativas, no cualitativas; no se alcanza tampoco aquel nivel en que los economistas encuentran que lo cuantitativo supera el umbral de lo cualitativo: Nuevamente, estas afirmaciones corren por mi cuenta. Es lo que hemos desarrollado con mayor extensión en nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?,* Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público. También disponible gratuitamente en **www.gordillo.com** . Un resumen en "Civilizations and Public Law**:** a View from Latin America," en EVANGELOS VENIZELOS /ANTOINE PANTELIS (directores), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, "European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen," vol. LXXIX, Esperia Publications Ltd., Londres, 2005, pp. 215-232 y separata. No habrá de sorprender, supongo, que el paralelismo con la crisis de 1890 se dé no solamente en lo económico sino también en lo político, conforme a la referencia de LÓPEZ (H), MARIO JUSTO,

nente obra estadística reciente.[20] Los argentinos no nos convencemos que estamos en la ruina, cumplimos a la perfección el chiste latinoamericano de que valemos menos de lo que creemos que valemos. No es retórica, es matemáticas: Debemos más de lo que valemos, los números lo indican.

PATRIMONIO NETO DE LA ADMINISTRACION CENTRAL

AÑO	ACTIVOS	PASIVOS	PATRIMONIO NETO	BIENES A LA COMUNIDAD	P. NETO PREVISIONAL*	PATRIMONIO NETO TOTAL
1993	62.463	69.656	-7.193	4.000	-57.613	-60.807
1994	50.513	85.030	-34.517	4.000	-55.670	-86.187
1995	51.573	93.992	-42.420	4.000	53.476	-91.896
1996	55.835	105.275	-49.349	4.000	-51.048	-96.487
1997	62.851	113.348	-50.497	4.000	-48.820	-95.317
1998	57.639	115.858	-58.219	4.000	-45.852	-100.070
1999	57.512	131.159	-73.647	4.000	-42.999	-112.646
2000	56.802	136.650	-79.849	4.000	-39.624	-115.764
2001	57.002	154.596	-97.593	4.000	-36.624	-130.217
2002	39.024	153.352	-114.329	1.650	-10.628	-123.307
2003	41.597	172.771	-131.174	1.953	-10.353	-139.574
2004	46.971	186.708	-139.737	2.140	-9.341	-146.938
2005E	51.419	147.469	-96.050	2.343	-8.362	-102.069

* Tasa de descuento al 10%
Fuente: OJF, Cuentas de Inversión y SIJyP

2.2. *Ruina y emergencia según los diversos grupos sociales*

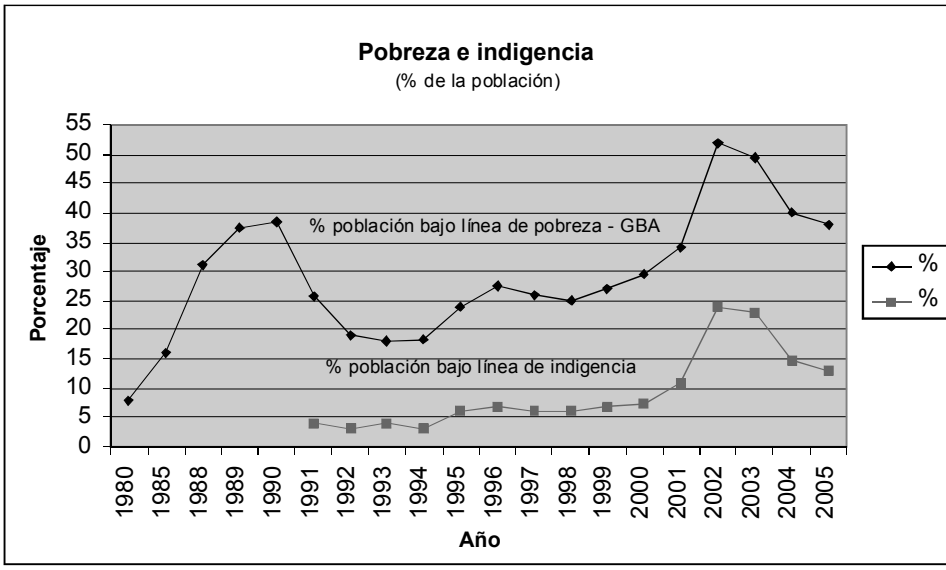
Ya estará claro que no es lo mismo, como habilitación de poderes extraordinarios, la ruina larga y duradera que padecemos,[21] que la emergencia fulminante que

Ferrocarriles, deuda y crisis. Historia de los Ferrocarriles de la Argentina de 1887 a 1896, Buenos Aires, Belgrano, 2000, p. 35, cuya cita completa hacemos más abajo. Similares observaciones en cuanto a la caza, el descanso, el liderazgo del cacique, etc. de las tribus nómades tehuelches (entre los ríos Chubut y Limay): LISTA, RAMÓN, *La patagonia austral*, Buenos Aires, Confluencia, 1999, reimpresión facsimilar de su original de 1879, ps. 82, 83, 88, 89.

[20] FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2004). Historia argentina en cifras*, *op. cit.*, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3. Hay una ilusión óptica o contable, que la obra explica, que hace aparecer la crisis de 1989 mejorando en los 90 para empeorar nuevamente a fines del 90. Ocurre que en los 90 se vendió la mayor parte del patrimonio del Estado y con ello se hizo descender temporaria y levemente el impacto proporcional de la deuda externa. Las medidas tomadas a comienzos del 2002, como en la Presidencia de Juárez, repotenciaron la crisis, pero lograron algo más: La superaron por encima de aquellos niveles históricos de un siglo atrás y de toda la historia argentina. Esta es, pues, en números, la peor ruina de toda la historia argentina, cuando además ya no queda sino poco por vender y encima estamos comprando de nuevo empresas públicas y endeudándonos más. Ver PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional," *LL,* 2006-A, 872, recuerda nuestras reflexiones en igual sentido, en sus notas 11, 63 y 70.

[21] Por ejemplo, los tenedores de bonos pre-default que aceptaron obligadamente el ruinoso canje, además de poder volver a ser re-defaulteados, que es una cuestión de hecho, ¿pueden también, im-

desborda aún más la ya maltrecha tripartición de poderes. Las "emergencias" que invocan los gobiernos para concentrar poder, provienen de ellos y se las hacen pagar a la clase media y media baja, empujándolas cada vez más hacia la pobreza o la indigencia. Los indigentes viven en perpetua necesidad y urgencia pues mueren tempranamente por desnutrición, enfermedad, hacinamiento, falta de aguas, cloacas, para qué seguir: A ellos la crisis extraordinaria no les empeora su ya extrema situación.



Fuente: "Dos siglos de economía argentina (1810-2004)," capítulo: Sector público.

O sea, la emergencia que invoca el régimen es casi siempre la del propio presidencialismo abotagado, nunca la de la sociedad (aunque se afirme falsamente lo contrario), menos de la clase media, nunca de la clase alta ni de los indigentes.

punemente, volver a ser re-canjeados con nueva ruinosa quita? Ya sufrieron el *double whammy* de la jerga norteamericana, postergación y quita, ¿podrán sufrir un inédito y nunca oído *quadruple whammy*, de nueva postergación y nueva quita?

En cuanto a la moneda extranjera, pues nadie tiene dinero nacional, el público está tan desesperado de desconfianza que ya sólo guardaba el dinero en las cajas de seguridad de los bancos, hasta que robaron las cajas de seguridad de los bancos; o en sus casas, hasta que los cacos roban sus casas; o en bienes durables, en o en el consumo; o los mandan al exterior. ¿Cómo se puede criticar las medidas de desesperación extrema de quien sólo quiere preservar sus ahorros, para comprar remedios y atender su salud en su vejez? La respuesta de la CSJN, sin visión política alguna a mediano plazo, fue el fallo *Bustos*. ¿Se verá obligada a repetir el error? ¿Tanto será el poder del Poder Ejecutivo?

Ojalá pudieran ver con un horizonte más extendido y dar señales más esperanzadoras a la sociedad para el sombrío futuro que las proyecciones indican que se avecina.

En el espectro de la realidad social argentina, si uno contempla las amplias clases sociales excluidas, ellas están en permanente urgencia y emergencia, desde antes del nacimiento del país como república democrática al menos formal: ¿Significa ello que no pudimos nunca darnos una tripartición de poderes? Es el mismo dilema que tratamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo,* tomo 1, *Parte general,* Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª edición, cap. III, sección III: "Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar," § 17 a 25, pp. 22-32.

Eso es así desde muchísimo antes de la fundación de la República. Antes y ahora, tuvimos y tenemos dos opciones. Adoptar la dictadura del proletariado al estilo de la Unión Soviética bajo Stalin, o ensayar las formas de la democracia y el Estado de Derecho. Hay muchas razones para haber optado por el Estado de derecho y la democracia, expuestas en infinidad de lugares y en todo caso los partidos de extrema izquierda jamás obtienen más del 1% del voto electoral. Ahí está la respuesta del pueblo, no invoquemos otra voluntad popular.

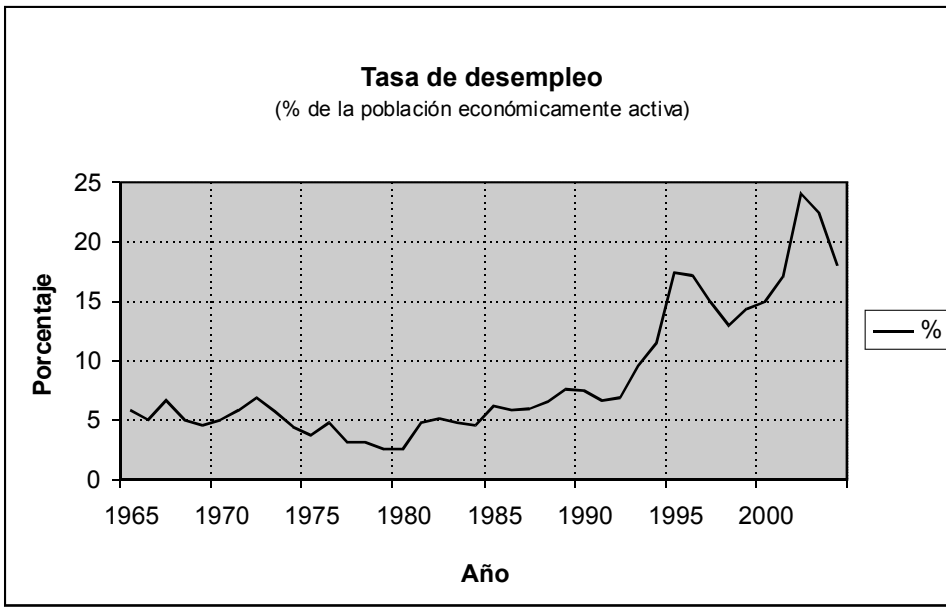
La emergencia permanente, la ruina perpetua, se enfrenta con los esquemas normales de la Constitución, preferentemente con un sistema parlamentario que no tenemos: Es más flexible, veloz, transparente y democrático para afrontar los a veces indispensables cambios de timón que tal vez se avecinen. Con él enfrentó Gran Bretaña la primera y segunda guerra mundial y no necesitó presidencialismo.

A nadie se le ocurrió en Gran Bretaña en ambas guerras, como acá cotidianamente, recordar ilustradamente la figura histórica del patricio romano erigido "democráticamente" en "tirano temporario." Hubiera caído en el más absoluto ridículo. Acá pasa por esclarecido y hasta pedante si lo hace con precisión y buenos datos históricos de la república romana, siempre que no cuente que después siguió el Imperio. En ese caso el ejemplo histórico pierde toda autoridad, por eso se lo omite; es lo que pasa con las estadísticas a menos que usen doscientos años como las que utilizamos aquí.

Y tampoco supone la inestabilidad que aquí se imagina, ni contiene la prohibición a la reelección con que intentamos protegernos en los regímenes presidencialistas hegemónicos: Un primer ministro parlamentario puede ser reelecto tantas veces como la gente lo quiera votar, como lo prueban Thatcher y Blair, para no dar sino dos ejemplos de dos partidos opuestos pero larga duración en el poder de un mismo primer ministro.

Si como sociedad no hemos eliminado formalmente el Estado de Derecho para luchar contra la indigencia, tampoco lo destruyamos para decir que salvamos al Estado o a la clase media o baja, porque ya todos sabemos, además, que es falso. El gobierno, con este mecanismo, solamente salva a la clase política enquistada en ese momento en el poder y a sus amigos y lobbystas, destruyendo a casi todos los demás, menos a la clase alta y los indigentes, ambos fuera del alcance de poder del presidencialismo. En cuanto a los últimos, siempre les llegarán, claro está, las migajas y mendrugos que bajo ropajes modernos[22] se dan en todas las épocas. Eso ya lo sabían hacer los emperadores romanos: *Panem et circem*.

[22] A veces son realmente interesantes, como el mecanismo creado por la ley 26.117, sobre promoción del microcrédito para el desarrollo de la economía social, siempre que no se transforme en otra fuente más de financiamiento de la política.



Fuente: "Dos siglos de economía argentina (1810-2004)," capítulo: Precios, salarios y ocupación.

En cuanto a la clase media, lo hemos visto recientemente en los ahorristas enfurecidos, desposeídos para favorecer a los deudores del sistema público y privado, sabia y previsoramente endeudados con anterioridad más allá de toda posibilidad de repago. Para salvar a estos de sus pecados se sacrificó a aquéllos de sus virtudes. Y la CSJN premió en el primer voto de *Bustos* a los pecadores, castigando, vituperando y mofándose de los virtuosos, ahora devenidos en pecadores. Esos tampoco olvidarán la lección, no al menos en una generación. Por eso el *boom* de la construcción y crecimiento. Ya nadie canaliza sus excedentes en otra cosa que la inversión inmobiliaria, bienes durables, o el consumo: Antes que se lo gaste otro…

El ahorro en dinero o en activos financieros dejó de ser una virtud al alcance de la clase media, según *Bustos*: Es ahora un pecado.

La clase alta ya había retirado antes del país sus principales activos financieros: Los grandes aprenden con una sóla lección.

Si dejamos de lado la emergencia y la ruina perpetuas, lo cierto es que la sociedad cada vez tolera menos la pretendida seudo emergencia fulminante con la que se quiere fundamentar el acudir a mecanismos que destruyen más la maltrecha tripartición de poderes, por la adicional y muy fundada sospecha de que no es otra cosa que la repotenciación del ya exacerbado presidencialismo que nos aqueja.

Lo hacen siempre para beneficiar a algunos en perjuicio de otros, no solo en la pesificación asimétrica del 2002;[23] o, lo que es más de lo mismo en clave bien templada, para incrementar exponencialmente su propio poder.[24] No se trata de hechos externos que se enhiestan amenazantes frente a tan heroicos cuan inocentes gobernantes que los repelen cual si fueran feroces dragones.[25]

[23] Eso quedó demostrado hasta el hartazgo, no solamente con la pesificación asimétrica que licuó las deudas de los que precavida y avisadamente se endeudaron en exceso, sabiendo cómo venía la mano, sino también con otras joyas legislativas del 2002, como "la asombrosa ley de enero /02," dictada "En el turbulento, anómalo año 2002, [en que] el P.E. no resistió a las presiones que algunas empresas ejercieron. La exigencia no admitía demoras y consistía en frenar, y de ser posible, impedir, que el endeudamiento asfixiante de las sociedades aludidas desembocara en la quiebra" lo cual se logró, por supuesto, a costa de los acreedores, que a veces vieron reducidos sus activos en más de un caso "a menos del catorce por ciento (14%), a cobrar en diez años."

Las dos primeras citas corresponden a Maffía,Osvaldo J., "Matando al APE," *LL,* 19 de julio de 2006, § I,1; la última, al magistrado interviniente en la causa que comentara Nissen, "Otra vez el triunfo de la trampa," *LL,* 13 de febrero de 2006. Ese es el contexto en que la CSJN se atreve a dictar el fallo *Bustos*, justificando el despojo de los acreedores en beneficio de los deudores, a que nos referimos más abajo. Esas son las emergencias argentinas y qué hacen nuestros gobiernos en ellas y con ellas. ¿Puede alguien extrañarse en esas condiciones de que no haya crédito privado, que los particulares inviertan sus bienes en el exterior? Eso es culpa de gobiernos y fallos como *Bustos*, no de los particulares que intentan desesperadamente salvar sus ahorros.

[24] En un reciente y muy brillante y documentado trabajo de ciencia política se sostiene que en la Argentina la crisis genera poder y el poder a su vez genera la crisis, comparando los casos de Perón, Menem y Kirchner: Yacovino, Cecilia, "De la crisis del poder al poder de la crisis," *Res Publica Argentina, RPA* 2005-1, pp. 99-119. (Editorial Rap, Buenos Aires, 2006). La excelente matriz teórica en ciencia política de este artículo, cuya lectura recomiendo muy especialmente, se aplica quizás mejor, no ya a las grandes crisis de nuestros presidentes, sino a los grandes proyectos de los grandes líderes del presidencialismo argentino. En cuanto a si estamos o no en la ruina, ver los impactantes cuadros y gráficos que acompañan este artículo.

En una línea muy similar, muy poco tiempo antes, es también indispensable ver el excelente trabajo y las referencias de Pérez Hualde, Alejandro, "La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional," *LL,* 2006-A, 872. Ya antes había dicho Mairal a su vez, en análoga tesitura, recordado por Pérez Hualde, que "cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene": Mairal, "El impacto de la crisis económica en el derecho," *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; *Circular Letter* nº 23, www.revistarap.com.ar. En criterios análogos aunque con matices nos hemos manifestado Crivelli y nosotros mismos, ambos recordados por Pérez Hualde.

[25] Me remito, nuevamente, a la lúcida exposición de Pérez Hualde, explicando con detalle y sin ambages un tema que puede considerarse de público y notorio conocimiento, eximido de prueba, aunque el voto líder en el caso *Bustos* haya pretendido tapar con la mano la luz brillante del sol. Comento el fallo en "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?," *LL,* 2005-A, pp. 905-921, donde remito a la bibliografía producida hasta ese momento, por cierto abundantísima. Después no ha hecho sino incrementarse, en forma paralela al descrédito de quienes suscribieron ese criterio. Ni qué decir de otro ministro desdiciéndose de votos anteriores para complacer al nuevo gobierno, adhiriendo ahora al susodicho voto líder. ¡Eso es presidencialismo argentino hegemónico en acción! Le han pagado, eso sí, con la misma moneda. Como ya hemos dicho, quizás no con claridad, todo eso es parte, apenas ínfima parte, de todo lo que **no** se dice en los actos gubernamentales; por eso nuestra insistencia en leer su contexto, no su texto. Ver las referencias, ya que nuestras explicaciones pueden haber sido insuficientes, de nuestra columna "Racionalidad, política, economía, derecho," *LL*, 2006-A, 1277, y nuestro artículo "Cómo leer una sentencia," inicialmente publicado en *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en *Revista Universitaria La Ley*, año III, nº 4, agosto de 2001, pp. 9-21; versión corregida como cap. V del libro *Introducción al derecho*, edición como *e-book*

Al revés, es la crisis y la emergencia lo que justifica *la mayor contención legislativa y judicial* al ejercicio del presidencialismo hegemónico, *no su repotenciación exponencial*. Véanse los cuadros anexos y se comprenderá la verdad de estos asertos.

2.3. *La reacción de los activos financieros nacionales sofisticados*

Las clases más favorecidas de la sociedad no sufren sino una vez las emergencias fulminantes (por ejemplo plan Bonex): Ya aprendieron la lección y retiraron la mayor parte de sus activos financieros del país, hace mucho tiempo. El producto de las ventas de empresas privadas nacionales tuvo siempre más destino en inversiones en el exterior que en el país: Los hechos han dado la razón a sus propietarios.

Ello, sin perjuicio de dejar algo en caja para jugar a la bolsa y a los bonos. El gusto a la timba no se pierde, y a veces da muchas ganancias al inversor sofisticado. Los llamados capitales golondrinas no son extranjeros aventureros y curiosos tipo Soros —que juegan a lo grande y en otras plazas, no en la nuestra que es diminuta. Son los mismos argentinos, con los pies bien plantados aquí. Sus informaciones no están al día sino al minuto del contacto celular con su agente de bolsa y la respectiva mesa de dinero del mercado local. Estos sacan y ponen sus capitales en instantes según aparecen o cambian oportunidades de inversión en el mercado financiero. No es un dato, es tan sólo mi pobre olfato: No imagino a un inversor de Wall Street haciendo este trabajo.

Yo ahora leo y estudio cuidadosamente toda esa información del día anterior, tardía por definición, desde que un amigo banquero me dijo lo que posteriormente Lavagna confirmó: Ser bonista argentino es para inversores sofisticados, no para ahorristas ingenuos. Igual deben hacer los demás que entraron al canje. Es como el plan Bonex: Son lecciones para no olvidar.

Los gobiernos argentinos parecen no registrar el hecho que sus propios comportamientos, que tantos los enorgullecen y réditos electorales les dan, producen el resultado que los empresarios e inversores y hasta ahorristas argentinos llevan sus capitales, inexorablemente, al exterior.

Las inversiones permanentes con fondos hundidos van al Uruguay, en primer lugar, luego Brasil, Colombia, Venezuela, Arabia Saudita, África, China, cualquier país menos impredecible que éste, menos sujeto a las voluntades siempre pendulares de un presidencialismo hegemónico desde siempre totalmente salido de cauce.

Recuérdese que Kirchner intercedió exitosamente por un importante empresario argentino a raíz de una de sus inversiones en Venezuela. Pareciera que los

gratuito en **www.gordillo.com**; también en igual capítulo de *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003, prólogo de Spyridon Flogaitis, Director del Centro Europeo de Derecho Público, e *Une introduction au Droit*, iguales datos de publicación.

empresarios argentinos obtienen mejor trato y mejor protección de sus gobernantes afuera del país que adentro de él.

Mientras no tengamos un sistema de Estado de Derecho que funcione, sin supuestas emergencias que permitan al gobierno esquilmar a los desprevenidos e incautos inversores y acreedores, para beneficiar a los avisados y avispados deudores, los más astutos invertirán por fuerza afuera, donde les parezca que las regla de juego sean más previsibles, aún en países subdesarrollados.

Lo mismo pasa en otros países, en distintos grados. En el discurso de Evo Morales al asumir la presidencia de Bolivia dijo entre otras muchas discutibles, variadas y coloridas cosas: "Hay que importar el capital en vez de exportar el capital."

El problema es que el capital no es un bien físico que se exporta o importa a voluntad del gobierno (más allá de que sabe bien su autor que ha empleado sólo una figura retórica): Es un activo financiero que se mueve sólo, al compás de dónde sus propietarios encuentran más tutela y rendimiento a sus negocios. Debe haberse producido mucha huida de capitales en su país, previo a su asunción, para que haya comenzado con palabras en ese aspecto contemporizadoras. Una vez en el poder ya se sabe que volvió a las medidas de máxima, y ahora ya tiene que estar comenzando a pedir aunque sea pequeñas inversiones a los países amigos, a los únicos que puede convencer o forzar, como acaba de ser el reciente acuerdo —entre presidentes— de nuestro país con el suyo. También le prestamos a Cuba en su momento, ahora se habla de que tal vez le condonaremos deuda a Paraguay, pero es poco lo que puede hacer un país pobre por otro país pobre.

2.4. *El frente interno*

Nuestros futuros presidentes deben contar con una sociedad poco complaciente y con una realidad tan difícil como siempre. Frente a esa tarea, la larga hegemonía que parece avecinarse[26] tal vez no sea el castigo que aparenta ser, sino un modo que aporta la historia para encarar un problema sin solución.

No digo una solución para el problema, sino tan sólo una forma de encarar un problema sin solución, hasta que nos resolvamos como sociedad a cambiar el *presidencialismo hegemónico*[27] por un parlamentarismo con reforma de los parti-

[26] Lo novedoso no es la hegemonía, sino su potencialmente extraordinaria larga duración. Con una Constitución democrática, con elecciones, sin condena internacional, perpetuada de por vida: Ni papá Doc podría haberlo imaginado. Pero ya sabemos que toda hegemonía presidencial tiene pies de barro y siempre termina mal.

[27] Insistimos: No un *partido* político hegemónico, supuestamente el justicialismo, antes el peronismo, hoy el frente para la victoria, etc., sino *el presidente hegemónico de turno* dentro de ese amplísimo frente iniciado en 1946, llámese como se llame: Perón, Menem, Duhalde, Kirchner.

1°) De todas las formas de caracterizar a esta fuerza política dominante, que más que partido es movimiento (siguiendo la terminología en boga), nosotros preferimos la que dio Ubaldini en una entrevista a la revista *Humor* en los primeros años de la dictadura militar: El peronismo es un sentimiento, y lo explica convincentemente, partiendo de su propia niñez. Una vez conversé el

dos políticos, a fin de poner fin al caudillismo que arrastramos convulsivamente (pues nunca ha sido pacífico y sereno el ejercicio del poder absoluto, la historia lo demuestra) desde antes de la conquista española, tal como explicamos en las notas y texto de este artículo.

2.5. *La próxima emergencia dentro de la misma ruina*

Un viejo dicho latinoamericano fundado en la experiencia dice que nunca la realidad es tan mala que no se la pueda todavía empeorar, como bien lo demostró una vez más Remes Lenikov en el 2002. (La historia lo pondrá en un lugar de privilegio, en un podio superior al que ocupa sin culpa alguna, por mera condena de los azares de la historia, Celestino Rodrigo.) Ya los economistas advierten ahora que la inflación, además de un problema, es una advertencia o "un síntoma de otro problema [...en que...] cualquier cosa dispara una crisis."[28] Por eso Rato a comienzos de año ya estaba ofreciendo anticipadamente ayuda financiera a la Argentina, y la Argentina poniendo su legajo nuevamente en orden. Hay que estar preparados para cualquier eventualidad previa a las elecciones del 2007. Mientras tanto, colocamos nuevamente deuda en el exterior, como lo hacía Martínez de Hoz desde el comienzo, aunque ahora lo hagamos binacionalmente con Venezuela.

2.6. *¿Cómo ha funcionado nuestro sistema económico federal al efecto?*

Es conocido por todos el centralismo que el país arrastra desde sus orígenes, en todos sus aspectos. Lo que tal vez no sea tan visible es que ese centralismo no está en poder de los tres poderes del gobierno federal, *sino exclusivamente de las muy personales manos del presidente de la Nación.* Puede no gustarnos, hasta disgustarnos extraordinariamente, lo que no podemos hacer es ignorarlo, pues constituye un dato de la realidad.

tema con Pierre Legendre, quien no solamente me confirmó que él pensaba hace tiempo lo mismo, sino que me adelantó, en 1984, que se encontraba escribiendo un libro (que incluía el peronismo y especialmente Evita), denominado *L'amour politique.* No lo he visto publicado.

2°) Una segunda faceta característica la da Pandiani, Gustavo M., "Peronismo, dominio y reelección," *La Nación,* 17 de enero de 2006, p. 17: "un marcado pragmatismo y un ejercicio del poder amplio y desprejuiciado."

3°) A ello hay que agregar que además de haber en la actualidad pocas alternativas *al* movimiento, hay muchas alternativas *dentro* de él, lo cual le permite abarcar a toda y cualquier corriente u orientación ideológica. Con ello, y como dice Pandiani, "ante la carencia de alternativas *al* peronismo, lo que surgen son alternativas *de* peronismo. La alternativa de Cafiero fue Menem y la alternativa de Menem fue Chacho. La alternativa de Chacho fue Duhalde y la alternativa de Duhalde fue Kirchner. Y algunos operadores han empezado a decir en voz baja que la alternativa de Kirchner es Kirchner. ¿Hablarán de Néstor o de Cristina?"

[28] La inflación contenida artificialmente termina siempre igual, todos lo sabemos. Un elemento disparador de la crisis puede ser también el enorme desequilibrio de las finanzas locales que explica *Ámbito Financiero*, "Riesgoso: provincias, más dependientes de Kirchner durante 2006," 31 de enero de 2006, p. 17.

En todo caso, conviene destacar algunas notas agravantes. En este momento la Nación es acreedora de más de dos tercios del total de la deuda pública de las jurisdicciones locales, con importantes vencimientos de deuda en el 2006, a lo que hay que sumar que el superávit que tuvieron sigue en constante descenso desde el 2004, mientras su gasto continúa aumentando. Su vulnerabilidad al poder presidencial es así creciente.

3. *Por qué Cristina en el 2007*

Algunos analistas políticos dedicaban sus reflexiones de comienzos de año solamente a la posible reelección del presidente, sea pronunciándose en contra o a favor, en cuanto a probabilidades. Entre los que se pronunciaban en contra se destacaba JORGE LANATA, que piensa que nunca segundos mandatos fueron buenos en la historia argentina, conforme los ejemplos que da.[29] El argumento es bueno, sobre todo por la muy difícil coyuntura que se avecina para los años 2007 y siguientes, pero tal vez sin quererlo apunta así a la candidatura de Cristina en el 2007, cosa que él no entra a analizar. Una respetada figura de la UCR, por su parte, manifiesta sin ambages que está "segura de que Cristina será la candidata presidencial oficialista," agregando que "Es un verdadero proyecto de poder matrimonial."[30]

Otros analistas políticos suelen destinar mucha reflexión a las intenciones o posibilidades objetivas del matrimonio presidencial, marido o mujer, para las

[29] Que, bueno es decirlo, son todos: LANATA, JORGE, "Verano reeleccionista," *Perfil*, 15 de enero de 2006, p. 18: "la realidad parece indicar que cuatro años es poco, pero ocho son demasiado." En la misma tónica, y con las mismas inadvertidas consecuencias que apuntamos en el texto, LONIGRO, FÉLIX V., "El virus de la reelección," *El Cronista*, 27 de enero de 2006, p.11.

[30] Margarita Stolbizer, declaraciones en *Clarín,* 31 de enero de 2006, p. 10. En cuanto al artículo de LANATA, en verdad, conociendo su pluma, uno puede imaginar que la descarta. Pero como no lo dice expresamente, deja la brújula orientada en esa dirección. Ver también PÉREZ, MICAELA, "Compromiso K, con señales de reelección," *El Cronista,* 3 de febrero de 2006, p. 8, quien concluye preguntándose si el 2007 "¿Será la reelección o el turno de Cristina?"

elecciones del 2007;[31] he leído poco del 2011 y 2015, algo del 2019, 2023,[32] nada del 2027, 2031, 2035, lo cual, dada la enérgica y pujante juventud de la pareja presidencial y la edad de un reciente candidato que dice todavía considerarse presidenciable (Menem) y de un presidente argentino del pasado no tan reciente (Perón en 1973), parece un *lapsus* en el campo de la lógica política. A mi juicio, un cálculo objetivo de posibilidades (no digo probabilidades actuariales) no debiera dejar de incluir un abanico amplio de edades. Es un mero juego de la imaginación, después de todo.

3.1. *Por qué no la Provincia de Buenos Aires*

Primero, cabe descartar de plano la posible candidatura de Cristina para la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires, por la índole y cantidad de los desafíos, probadamente insuperable.

La propia densidad poblacional de la Provincia magnifica todos los problemas; todo se multiplica allí en la noticia por la ingente mayor cantidad de población: Policía,[33] y municipios con tradición de descontrol;[34] prisiones desbordadas y con criminalidad no suficientemente contenida, que a veces sale un par de días, con

[31] También se ha dado un énfasis equivocado, habida cuenta de la notoria reticencia presidencial previa a hablar del tema 2007-2011, al exabrupto "me van a tener que aguantar durante muchísimo tiempo." (Zunino, Edi, "Larga vida al Presidente," *Perfil*, 22 de enero de 2006, p.4.) Es posible que no se esté refiriendo a la inmediata segunda reelección sino a un esquema como el que aquí estamos sugiriendo, que es al menos teóricamente posible, aunque su factibilidad real depende de infinidad de factores. Esto no invalida como hipótesis el mero cálculo normativo que aquí desarrollamos a los fines de nuestro argumento. La hipótesis normativa con que se iniciaron los primeros borradores de este artículo, en diciembre de 2005, ha recibido crecientes indicios en el comienzo del verano de 2006, para su faz inicial. Ya Kirchner habría dado a entender, en la intimidad, que piensa en Cristina como Presidente para el 2007-2011: González Solá, Joaquín, "Kirchner ve una ola de mujeres en el poder," *La Nación,* 25 de enero de 2006, pp. 1 y 6.

A la inversa, cabe destacar que hay también pronósticos pesimistas, que estiman difícil que Kirchner llegue al 2007, por culpa de la inflación: Gambarotta, Martín, "Shannonigans in BA," *Buenos Aires Herald*, 15 de enero de 2006, p. 4; también es muy crítico *The Economist* de la misma semana: "Buenos Aires, No criticisms please. Caressing and cajoling the messages," 14 de enero de 2006, p. 55. El pronóstico de Gambarotta encuentra su réplica en Mora y Araujo, Manuel, "El nuevo escenario inflacionario," *El cronista,*7 de febrero de 2006, p. 14, quien arma una completa y convincente refutación de esa probabilidad para el año 2006.

[32] Cabe destacar entre varios otros a Fontevecchia, Jorge, "Pasquín," *Perfil*, 15 de enero de 2006, p. 72: "Si Kirchner fuera reelecto, su mandato finalizaría en 2011, o en 2015, si su esposa lo sustituyera un período." A su vez López Murphy, en entrevista otorgada a Clarín, 5 de febrero de 2006, p. 16, expresa: "Yo creo que Kirchner quiere estar él ocho años y la esposa otros ocho años. Ese es el proyecto del oficialismo, los Kirchner por 16 años." Es perfectamente posible, pero la alternativa que nosotros imaginamos es más sofisticada, más acorde a la astucia del matrimonio presidencial, más llevadera para la salud de ambos y más perdurable en el tiempo, si todo les va bien en sus números.

[33] Todo un ejército de 50.000 efectivos, con un historial de difícil ejercicio de la disciplina, débil control de Asuntos Internos. Este sólo es un problema que ya haría la Provincia de difícil gobernabilidad, aún sin agregarle todos los demás que recordamos a continuación. Por supuesto, todos van entrelazados.

[34] La justicia administrativa provincial de primera instancia ha comenzado, en muchos casos, esta titánica tarea. Las Cámaras de Apelaciones no siempre acompañan.

permiso u orden para delinquir;[35] alta criminalidad, inseguridad y corrupción; droga; mafia;[36] pobreza e indigencia sistémica; clientelismo extremo, etc., terminan enterrando siempre las ulteriores ambiciones presidenciales de todos cuantos pasaron por sus escaños: Hay demasiado margen de error, es un viaje de Ícaro hacia el sol, con alas de cera.

Es un camino sin salida, un cargo "pesado" sin destino ulterior. Está empíricamente demostrado por todos los que han pasado por su aparentemente apabullante —pero a la postre efímero— poder.

Seguramente así lo vió Menem cuando le dio un presupuesto adicional de 500 millones de dólares anuales a Duhalde para que dejara la Vicepresidencia y se candidateara para la Provincia de Buenos Aires, sabedor que así lo liquidaba como contendor viable para la Presidencia de la Nación.[37]

Si ese fue su cálculo, calculó bien. Después, Duhalde lo liquidó a Menem para entronar a Kirchner, pero ya era tarde para renacer él mismo como Presidente viable. Y ya sabemos qué hizo Kirchner con Duhalde: Lo que todo Presidente argentino hace con su antecesor.

No hará Kirchner con Cristina lo que Menem hizo con Duhalde, ni Cristina más tarde con Kirchner lo que éste hizo con Duhalde.

3.2. *Dos motivos concretos que determinan la candidatura de Cristina*

Uno de los periodistas que han hecho especulaciones acerca de la salud del Presidente (vehementemente desmentidas por el mismísimo presidente)[38] concluyó,

[35] Además, con un sistema penitenciario a veces autónomo, dependiente del Estado nacional. Pero las cárceles nacionales que están en la Provincia tienen repercusión en el Estado provincial.

[36] Recuerdan Romero, Carlos y Pascutti, Ximena, "Testigo en peligro,"*Perfil,* Suplemento *El Observador,* pp. 8-10, esp. p. 10, "En la Argentina clandestina, de las horas que pasan violentas, haber sido testigo de un delito y contarlo puede parecerse demasiado al suicidio."

[37] Según nuestra mirada, en esto Menem tuvo la misma visión a largo plazo y la misma frialdad que utilizó para lograr someter al poder militar, luego de sus casi dos siglos de dominio del país, como explicamos en otras notas de este artículo. Por cierto, la excesiva ambición unipersonal de Carlos Menem por la tercera presidencia fue su propio fin. No supo armar con su hermano Eduardo un esquema como el que objetivamente pueden armar, en sintonía con el vigente constitucionalismo presidencialista, Néstor y Cristina Kirchner. Esto último es lo que tratamos de explicar en el presente artículo.

[38] Lo cual, como era previsible, no ha hecho sino aumentar el número de artículos y revistas que se ensañan en la cuestión, algunos ya con malevolencia. (*La Capital* de Rosario, *Ambito Financiero*, que justificaron médicamente las tardanzas presidenciales, pero como su circulación no es importante a nivel del público en general, no alcanzaron a despertar las iras presidenciales.) Todos los que han tenido que sufrir ataques públicos a su persona saben que, desgraciadamente, la única forma de sobrellevarlos es el silencio. Es parte de las injusticias que acarrea la vida pública en cualquiera de sus manifestaciones. Responder públicamente no hace sino agravar el problema, es darle pasto a las fieras. Extraña que un hombre público experimentado no lo practique así, o más bien es parte del reciente conjunto de aparentes errores que cabe sumar a esa obvia lista que parece ser producto del *stress* propio de la función, no de enfermedad alguna. Cuando el presidente la emprende tan directamente contra *Clarín* y *La Nación*, sólo logra que estos diarios mejoren o acentúen, según el caso, su independencia.

cual *Hamlet*, "Él o Ella, ésa es la cuestión."[39] Pero, sea o no la salud presidencial el motivo determinante de la candidatura de ella y no de él en el 2007, hay otros motivos poderosos para inclinarlos por esa decisión.

1°) Si él se presenta y en principio gana la reelección,[40] al promediar ese período sufrirá la debilidad congénita que acompaña a todo segundo mandato de quien no puede aspirar a la reelección inmediata (el síndrome del *lame duck* en la jerga norteamericana), y no tendrá en consecuencia mucha fuerza para imponer el nombre de ella como candidata a sucederlo. Su debilidad se incrementará porque le explotarán en la mano los problemas irresueltos del gobierno de Duhalde y de su propia primera gestión gubernamental (inflación reprimida, más sentencias del CIADI, falta de energía y consiguiente aumento de tarifas de servicios públicos, mayor presión para arreglos con los *holdouts*, disminución del crecimiento y la producción) y las consiguientes contramarchas, *v.gr.* estímulo a la exportación ganadera y desestímulo al consumo interno, como lo hace Uruguay ahora y lo hizo Perón con el trigo en su momento, aumento de la deuda pública interna y externa; todo ello con el consiguiente mayor malestar social, en un perverso círculo vicioso. Eso no ocurrirá todavía, quizás, al final de *este* primer mandato.

2°) Si otro candidato que no sea Cristina le sucede a él tras su segundo mandato, quienquiera que sea se verá inclinado a mantenerse por otro período en el ejercicio del poder y nombrar a su propio sucesor, con el formidable aparato de poder dejado en sus manos y las chances de Kirchner de retornar al poder se parecerán a las de Menem al intentar la tercera presidencia frente a Kirchner.

El alejamiento del ejercicio efectivo del poder le hará perder las chances de recuperarlo. Su mejor y quizás única chance de retornar al poder más adelante es que ahora lo tome Cristina, para que él pueda retomarlo de manos de ella en el 2011. Ella saldrá maltrecha, necesariamente, y no por culpa propia, pero se habrá sacrificado en aras de un proyecto común a largo plazo.

Dicho de otro modo, si los números le dan a Cristina para ganar las elecciones en el 2007, él no pierde la fuerza política para volver en el 2011, pues se lleva intacto su poder político actual y ella mientras tanto mantiene vivo el fuego del hogar.

Por supuesto, ella necesitará un sobrio y sólido, múltiple, muy numeroso equipo económico de primera categoría en *todos* los niveles de gobierno (no solamente en Economía y en el BCRA sino también en la Secretaría de Energía, en el ENRE, ENARGAS, empresas y bancos oficiales, etc.), para poder manejar

Pero también hay indebidos y atronadores silencios: GARCÍA, MARCELO, "The silences of the wolves," *Buenos Aires Herald*, enero 23, p. 3, que aunque evoca explícitamente *The silence of the lambs*, hace también acordar a LANATA, JORGE, "Perros lindos, lobos feos," *Perfil*, 27 de noviembre de 2005, p.18, citando *off the record* a un "importante miembro del gobierno."

[39] GENOUD, DIEGO, en el semanario *Perfil*, 8 de enero de 2006, p. 4.

[40] Hasta quien a comienzos de año era principal opositor en las encuestas afirmaba "Hoy no tenemos un sistema democrático, porque sólo existe el oficialismo." (Mauricio Macri, entrevista de igual título en *Perfil,* 15 de enero de 2006, p. 10.)

tantos problemas al mismo tiempo. No habrá resquicio alguno para designaciones políticas ni para gestos o concesiones políticas de especie alguna. Esto Kirchner ha demostrado que no lo quiere o no lo puede hacer, y parece difícil que pueda cambiar en el segundo período si llegara a asumirlo: Se le quemará la economía en las propias manos.

3.3. *Hipótesis de perder*

Si los números no le dieran a Cristina y ella perdiera las elecciones del 2007, como lo indicaría alguna proyección,[41] esto no altera la conclusión de que les conviene a ambos que sea Cristina la que se presente y no él, porque si le toca a ella perder ante una derecha de discurso coherente,[42] no es mal momento para que otro tome el hierro caliente. Pueden volver, uno u otro, con la situación mejorada —o no— a costa del desgaste ajeno. Decir que no se presentan, ni uno ni otro, en el 2007, además de no creíble suena como el abandono de Menem frente a la segunda rueda con Kirchner en el 2003, y no resultaría políticamente perdonable; es inimaginable. (Aunque en predicciones suelo ser flojo: En el 2001 consideré inimaginable el *default*.)

Perder ella las elecciones del 2007, si ocurriera, es legítimo y es preservar el capital mutuo para el 2011 y siguientes. Y francamente no creo que los demás opositores estén demasiado ansiosos por tomar el poder en el 2007. Las perspectivas son algo sombrías, sobre todo para un gobierno que no integre el amplio arcoiris justicialista[43] y del frente para la victoria: Ya se sabe que le es más difícil gobernar al no peronismo, por la sencilla razón que el justicialismo *lato sensu* es mucho más férrea oposición. (Léase, en primer lugar, gremios; pero no se olvide piqueteros de diversa laya, movimientos callejeros, manifestaciones, cortes de ruta, etc.)

En el 2007 no habrá otros candidatos justicialistas *lato sensu* a la presidencia que Kirchner,[44] "El o Ella" como dijo Genoud. Por lo tanto si ellos (uno u otro) no ganan, el amplio espectro de las distintas fracciones del justicialismo *lato sensu* se galvanizará en la oposición, sin demasiados matices en cuanto tal. Las feroces luchas internas del 2005 parecerán juego de niños frente a las legiones que

[41] Igual semanario, p. 12.

[42] Usamos la expresión "derecha de discurso coherente" con todas las dudas y reservas que el lenguaje actual impone. Acerca de estos multifacéticos espejismos ideológicos y verbales es interesante el trabajo de FERNÁNDEZ DÍAZ, JORGE, "Viaje al corazón ideológico de Mr. Kirchner," *La Nación*, 8 de enero de 2006, p. 23.

[43] Y sus infinitos matices, como el Peronismo Federal, un bloque de cuatro personas uno de cuyos integrantes se define como peronista desde siempre, Francisco De Narváez, quien observa, según *La Nación,* 18 de enero de 2006, p. 8: "Creo que la zona rosada que inauguró Borocotó va a ser ampliada." Otro bloque reducido es el adolfista "Provincias Unidas." Más pequeño, el unipersonal "Bloque Peronista." Como adelanta De Narváez, irán en aumento.

[44] Pues Lavagna, de presentarse, llevará inevitablemente el beso de la muerte, el salvavidas de plomo, de que lo apoyen muchos no justicialistas. No será pues una interna entre justicialistas puros.

formarán unidas en el campo de batalla frente al nuevo gobierno no justicialista. Arrasarán con él, a mediano plazo.

Cuando la anterior (o actual) oposición llega al gobierno, lo que primero se nota, históricamente, es su notoria debilidad, por las razones que fuere, para saber ejercer la autoridad. Ha logrado llevar el consenso desde virtud a defecto, transformándolo en indecisión, indefinición, falta de autoridad y de asunción de responsabilidades, temor al ejercicio pleno del poder. Así, hasta los programas cómicos tumban un gobierno.

El justicialismo comete el defecto contrario, y lleva en la sangre la vocación de ejercicio efectivo del poder de que la oposición carece; más su componente carismático, que sabe tocar las cuerdas de los sentimientos de sus seguidores para lograr el apoyo popular a lo que ya hizo. No es muy democrático que digamos, pero es efectivo. Si maneja la prensa, menos democrático aún; si domina el Congreso, las jurisdicciones locales…

Sus múltiples internas sumadas siempre, por falta de alternativas, a la cabeza del líder de turno, quizás fueran grupos de una coalición parlamentaria, si hubiera parlamentarismo. Esta observación, que pertenece a un amigo mío, hace pensar rápidamente en los múltiples acercamientos que existen hoy entre distintos grupos del justicialismo y distintos grupos de la oposición: ¡Tanto más simple de armar y desarmar coaliciones en un sistema parlamentario, sin nadie resignar su individualidad!

Ahora parecemos condenados a oscilar entre interregnos de democracia a veces ineficaz, que finalmente cae, a gobiernos que ejercen fuertemente la autoridad pero se les va la mano, que también caen. ¡Cuánto mejor hacer elecciones regularmente y contar otra vez los tantos! En todo caso, el lema "no criminalizaremos la protesta social" y la alternativa Kostecki-Santillán serán la sombra permanente del cadalso político de cualquier gobierno no demasiado fuerte: Para peor, los índices apabullantes de pobreza e indigencia ya no se resolverán con el ingenioso y ahora antiguo: "A vos no te va tan mal, gordito." Es que los líderes piqueteros invocan ahora representar a los indigentes urbanos, no pedir para sí mismos. Son organizaciones de recursos humanos y económicos, políticos y de seguridad, verdaderas microempresas y aparatos en el sentido económico y político del término, o partidos políticos semi armados, paralelos, no registrados, antisistema, con importante poder de coerción que desafía abiertamente al poder de seguridad del Estado. Constituyen una oposición anti-sistema y anti-seguridad pública nada despreciable. Alguna ha sido cooptada,[45] la mayoría no.

[45] Es la segunda característica del movimiento, aunque se trata de una práctica a la que tampoco resultó ajeno el que era el principal partido opositor, sólo que de la forma *maladroite* que lo caracteriza la carencia que se le endilga en la anécdota que relato más abajo en nota. En cualquier caso, estos movimientos sociales son muy complejos. Una mínima proporción (el 10%) está vinculada a partidos de extrema izquierda, que representan el 1% del electorado. En el resto están por una parte quienes se convirtieron en gestionarios de políticas sociales negociadas con el gobierno (MERKLEN,

3.4. *Hipótesis de ganar*

En las urnas, en realidad, va a ocurrir una de dos cosas:

a) Como en el 46, hasta los fiscales de la oposición van a terminar votando al oficialismo, o

b) en un reverso del ostracismo peronista, será creciente el voto en blanco, anulado y la abstención.[46]

DENIS, *Pobres Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática, [Argentina,1983-2001]*, Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 66-67), lo cual obviamente es más accesible al justicialismo que a las franjas opositoras.

Luego están los que negocian el ejercicio pacífico de versiones modernas del "recolector," ahora recolector urbano: Los cartoneros. Si bien este autor se refiere específicamente al recolector que proviene de los asentamientos urbanos, lo cierto es que hay recolectores urbanos de muchas especies, algunos uniformados que intercambian recolección por tolerancia y es por lo demás algo con una tradición muy antigua y conocida en más de una jurisdicción, en materia de juego, prostitución, etc.

Finalmente cabe la figura que se ha llamado recientemente "cazador urbano." (MERKLEN, *op.cit.*, p. 14.) En primer lugar recuerda al cazador urbano individual que sale diariamente de su sentamiento territorial en el barrio para buscar changas u otros modos precarios, lícitos o ilícitos, de supervivencia.

En realidad, agrupando quizás con notoria injusticia distintas categorías de cazadores urbanos que actúan en la ciudad, podrían distinguirse los cazadores privados indigentes que provienen de los asentamientos, a los que se refiere al autor, de los cazadores urbanos profesionalizados en el delito, que los hay tanto privados como estatales y paraestales, *prima facie* indiferenciables hasta que concluya, si la hay, la improbable investigación y proceso oral que termine en identificación y condena. El autor también se refiere a los cazadores urbanos del grupo que él considera, ahora a nivel grupal o de grandes números, en piquetes organizados. No los llama "malones urbanos," pero la frase viene inevitablemente a la mente, es el mismo género de ideas. Mientras que el indígena es cazador recolector, sólo relativamente nómade, y no busca inclusión social fuera de su tribu, el excluído social de la ciudad, en cambio, tiene un firme asentamiento territorial, sostiene un derecho a la ciudad, lucha por una creciente participación ciudadana y tiene una importante politización.

El antiguo malón aborigen de extramuros de hace siglos venía como una oleada instantánea a cautivar, matar, robar, incendiar, destruir e huir de inmediato con sus presas. La respuesta final, según nuestra historia oficial, fue la conquista de sus propios asentamientos y la persecución total con el destino conocido.

El moderno malón urbano no está integrado por cazadores ni recolectores. No es una oleada, es un lento subir de la marea que viene de intramuros, amenazante, impediente, molestante, que no secuestra, mata, roba ni huye: Enfrenta, acampa, y tan ordenada y amenazadoramente como vino, en algún momento se retira.

A veces extorsiona. En otras es infiltrado por cazadores urbanos, privados o paraestatales, que causan destrozos, queman, roban, huyen, tal vez matan. Pero en sus múltiples asentamientos de origen vive gente humilde y laboriosa. Parte de su efecto intimidatorio y de su impunidad es que usan pasamontañas u otros efectos que los tornan imposibles de identificar aun filmándolos. Si la policía detiene alguno entonces el resto del grupo ataca y destruye la comisaría, si es necesario, hasta obtener su libertad. El refuerzo de gendarmería nunca está disponible hasta cuarenta y ocho después, cuando todo terminó.

Es claro que a pesar de su politización parece estar aún fuera del sistema, pero en todo caso lucha claramente, desde afuera, por integrarlo: El único movimiento capaz de alternativamente dialogar y luchar con esas fuerzas —y con experiencia en hacerlo— es, una vez más, el que hoy gobierna. Otro partido o grupo de partidos hoy opositor no podría, hoy, gobernar con tal espectro opositor.

[46] Como ocurre en Santiago del Estero, donde en las últimas elecciones votó el 34, 23% del electorado: DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., "La apatía política en Santiago del Estero," *Res Publica Argentina, RPA* 2005-1, pp. 53-69, esp. p. 59.

Pero igual gana el justicialismo o frente para la victoria, en este caso uno u otro Kirchner, y ya no están más dadas las condiciones para un golpe de estado militar.

Se puede descartar un golpe militar, por primera vez en los doscientos años de historia del país, gracias a las primeras y fundamentales reformas de Alfonsín con el retorno de la democracia y luego a las magistrales y oportunas[47] maniobras de Menem: Sistemática, callada y progresiva reducción de las fuerzas armadas y luego la estocada final de la eliminación sorpresiva del servicio militar obligatorio: Ahora las revoluciones, de hacerse, requieren sangre de oficiales y suboficiales voluntarios. Nunca más se volvió a hablar de asonada militar desde aquel entonces. Esto sí que Menem lo hizo.

3.4.1. *Cristina gana, si se adelantan las elecciones*

Cristina puede ganar las elecciones presidenciales del 2007, así como ganó ampliamente la senaduría en el 2005 en la Provincia de Buenos Aires, si se adelantan las elecciones presidenciales para el primer trimestre del 2007 como se ha especulado en la prensa diaria,[48] a partir de denuncias de la oposición, con entrega adelantada del gobierno el 25 de mayo del 2007,[49] fecha de los cuatro años de Kirchner en el poder.

3.4.2. *Cristina gana, si no se adelantan las elecciones*

Desde el gobierno se ha desmentido la hipótesis del adelantamiento y se ha afirmado que se cumplirá con el período completo previsto en la ley y se ejercerá el primer mandato hasta diciembre del 2007.

Se usará pues todo el tiempo adicional para consolidar desde el poder la candidatura de Cristina, gracias a las oportunas sugerencias de la oposición.

No es la primera vez que la oposición argumenta —en definitiva y posiblemente sin saberlo—[50] a favor del gobierno. Es que ya casi no existe oposición, salvo la

[47] Hay un viejo proverbio árabe según el cual la venganza es un plato que se come frío. Menem, preso por meses por los militares en un barco junto a otros dirigentes peronistas de la época, investigado por años y obligado a probar el origen de sus bienes desde antes de ser gobernador de La Rioja, desterrado con manifiesta desviación de poder a Las Lomitas, etc., luego, cuando asumió el poder en 1989, pareció haber olvidado todo y concedió indultos militares y honras por doquier. Pero, suficientemente frío el plato, lo saboreó con rostro inmutable. No tengo ningún dato acerca de esto, es sólo mi personal interpretación de la historia.

[48] Según esta versión, adelantarlos o no depende de cómo se presenten los pronósticos para el segundo semestre de ese año: Si malos, mejor adelantar las elecciones, para escapar a su probable influencia negativa en las urnas. Si buenos, no tiene sentido perder largos meses de poder.

[49] Es interesante señalar que la oposición está lamentando, en vez de aplaudir, una entrega anticipada del poder, porque ya debe saber que es para perpetuarse en el poder y que de todos modos su propio acceso se aleja irremediablemente, sea cual fueren las fechas…

[50] Digo posiblemente porque soy un escéptico. Después de ver los finales de Frondizi, Illia, Alfonsín y De la Rúa, ¿alguien cree que un no peronista o no justicialista *lato sensu* puede terminar su mandato, en la difícil situación en que nos encontramos? Esto no lo pueden ignorar los líderes

interna del gran aglomerado político que constituye el movimiento político oficial. Cabe reconocer, además, que en el momento que esto se escribe aquella parte de la prensa que es cuasi oficial[51] o que retransmite sin observaciones, comentarios, aclaraciones ni réplica[52] datos o informaciones oficiales, anuncia que Cristina

opositores, que deben fervientemente preferir ser opositores a que les toque ser presidentes, hoy. En un régimen parlamentario, podrían ser primer ministro de una coalición. Presidentes en un régimen presidencialista, parece ya impensable para un no justicialista. Hay que parafrasear al Dante: "Abandonad toda esperanza, vosotros que creéis estar en carrera." Me refiero, claro está, a la esperanza de ser presidentes. Mejor ir cambiando por la esperanza de ser primer ministro, para lo cual hay que ir anotándose en el lado de los partidarios del parlamentarismo y reforma de los partidos políticos. O los políticos no justicialistas *lato sensu* no verán nunca el poder desde cerca.

[51] De todas maneras es obvio que no toda la prensa es así y que además aún la prensa influenciada encuentra resquicios no despreciables de libertad de expresión, sólo que hay que saber buscarlos. Se los suele encontrar los domingos, sea en el diario principal (al final de largos, sesudos y pesados artículos), sea en el suplemento económico, en página par, abajo, para que no se note mucho. Así como hace algún tiempo el Ministro Lavagna observó con acierto que los bonos argentinos no eran para el ahorrista común sino para el inversor "sofisticado," ya está pasando lo mismo con los diarios de circulación masiva, lo cual es demasiado.

[52] Lectores amigos me contestan que esto no es así, que hay libertad de prensa, y me dan ejemplos. Pero ya lo dice el libro de ADC: La censura es "sutil," no grosera, pero funciona para el gran público votante que no tiene tiempo de hacer la lectura prolija que corresponde. Y ello no tiene en cuenta la autocensura que cada uno practica para disminuir los costos políticos y económicos que debe luego pagar por haberse expresado.

Las principales referencias económicas y los más jugosos datos políticos provienen de ediciones de diarios económicos o en idioma extranjero de pequeña tirada, o de las ediciones dominicales de los diarios principales, donde hay que bucear y no precisamente en primera página sino en el suplemento económico, al final del diario, en otros suplementos: El lugar cambia. A su vez, la información más interesante está siempre al final del artículo, no al comienzo, con lo cual hay que tener la perseverancia de llegar al final. Es una lectura complicada, como la de este artículo: Si le interesa, hay que leer su texto, pero también sus notas, en conjunto y luego separadamente, para lograr destilar toda la información que a su vez recoge de otras fuentes. Pues, claro está, esto es parte del juego de la censura. Se puede contestar y criticar, pero en otro lado, indirectamente, no en primera página, ni con títulos letra catástrofe. En las páginas interiores, especialmente las pares, en letra pequeña, al pie de página, en trabajos preferentemente poco atractivos como éste, se puede decir más. Lo explicó Molière hace siglos en su *Tartufo*: « *Le scandale du monde/est ce qui fait l'offense/Et c'est n'est pas pêcher/que pêcher en silence*». Traducido al mundo moderno es lo que utilizan los censores de moralidad pública: A mayor difusión del espectáculo, mayor severidad en la censura; a menor difusión, mayor libertad de expresión. Por ello es acertado el título del libro de ADC: Una censura "sutil." Aplicado a la política y la economía, hace tiempo que se han eliminado de la televisión abierta los programas que puedan tener libertad de opinión, y ahora también uno que quedaba en la radio. En cuanto a los diarios de difusión masiva, sufren los embates de acuerdo a su tirada. En diarios de menor tirada, son libres si aceptan no recibir propaganda oficial (*Ambito Financiero*, *La Capital* de Rosario, *El Día* de La Plata). Si el *target* es muy específico la libertad aparenta ser completa: *Buenos Aires Herald*, aunque sufrió bastante en la dictadura militar. Por último, en publicaciones puntuales uno puede encontrar hoy, inesperadamente, el ejercicio de originales y punzantes críticas, que normalmente deberían estar en los medios generales, pero que el clima general hace sólo posibles en estos lugares poco menos que recónditos: Así de Pablo, Juan Carlos, "Estilo K," *Chacra*, enero de 2006, p. 30, que así y todo la revista recubrió pudorosamente de un largo artículo oficialista. No hay presos políticos, no hay estado de sitio, no hay torturas, la censura no es sino "sutil," pero algunos accionistas de diarios denostados por el gobierno tienen sus hijos en el exterior, andan en autos blindados y denuncian asesinatos de otros accionistas y familiares como "avisos" oficiales (María Luisa Mitre, *Noticias,* 21 de enero de 2006, p. 105), en paralelismo con otras muertes irresueltas del pasado, "extraños" suicidios y crímenes de los últimos

tiene tan buena opinión pública como el propio Kirchner,[53] el cual desde el manejo oficial de la prensa puede continuar construyendo el poder electoral de Cristina. Si Cristina ganó Buenos Aires en el 2005, contra la encarnizada lucha del duhaldismo, puede, con apoyo presidencial y un duhaldismo en retirada, ganar el país en el 2007.

A ello debemos sumarle que los opositores que tienen responsabilidades ejecutivas dependen de los envíos de fondos del gobierno central, con lo cual terminan siendo aliados que actúan en consonancia con éste,[54] resultando que los únicos opositores con posición crítica son los que "no gestionan ni intendencias ni provincias."[55]

En esas condiciones, parece creíble la versión de que el gobierno considere que hoy la oposición no tiene "chances electorales serias."[56]

años que en la jerga policial se denominan "le tiraron un muerto." Todo esto no es de ahora sino que son resabios salvajes de las "costumbres" violentas reiniciadas con la guerrilla y extremadas por el terrorismo de Estado, pero conviene recordar que nunca es demasiado temprano para preocuparse y ocuparse de defender nuestra libertad. Para ello hay dos niveles: Uno es el del poder central, otro es de los niveles inferiores. Es un tema que nos ha preocupado desde nuestros primeros trabajos, mucho antes de que todas estas tragedias ocurrieran. Ver nuestro *Tratado de derecho administrativo,* tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª edición, 2006, cap. IX, § 14.2, "El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa," pp. IX-37/38 y muy especialmente nota 14.15 en la p. IX-38. Con sentido más general, conviene siempre recordar con MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168, que "una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura; hay que ahogarla en ciernes, lo cual requiere un nivel nuevo, hasta ahora desconocido, de atención alerta por parte del pueblo, que habrá de estar en guardia ante los peligros que amenazan a la sociedad por parte del personal, las técnicas y las estratagemas de los grupos usurpadores." En igual sentido WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, ps. 85 a 86, ambos ya citados en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, *Parte General*, *op. cit.,* cap. III, § 20, "Crisis del autoritarismo," nota 20.2, p. III-24; y nuestra *Teoría General del Derecho Administrativo,* Madrid, IEAL, 1984, ps. 60/61. Buceando en la historia argentina, no solamente encontramos paralelismos económicos con la crisis de 1890 sino también políticos, por ejemplo en el régimen de *unicato* y *partido único* de 1886 a 1890: LÓPEZ (H), MARIO JUSTO, *Ferrocarriles, deuda y crisis. Historia de los Ferrocarriles de la Argentina de 1887 a 1896*, Buenos Aires, Belgrano, 2000, pp. 32-34 y sus referencias.

[53] La oposición y alguna prensa independiente maneja números tan diametralmente opuestos (*Perfil*, 8 de enero de 2006, p. 12) que francamente no resultan creíbles.

[54] Esto es así desde que se crearan los ATN, adelantos transitorios del Tesoro nacional, blanqueándose con los decretos y resoluciones administrativas delegadas por las leyes de presupuesto. Por la alquimia de la emergencia, la administración no descuenta luego los adelantos que constituían y no se rinde cuenta de ellos. Emergencia y ¡presto: Gigantescas sumas de dinero blanco para gastar en negro! Constituyen como es obvio un formidable instrumento de presión y dominación presidencial. En un sistema parlamentario serían inimaginables. Sobre los efectos de este mecanismo, aún en la actualidad, ver FERNÁNDEZ DÍAZ, JORGE, "Kirchner corre, grita, juega y hace de árbitro," *La Nación*, 15 de enero de 2006, p. 26.

[55] FERNÁNDEZ DÍAZ, JORGE, *op. loc. cit.*

[56] FERNÁNDEZ DÍAZ, *op. loc. cit.*; en contra, GAMBAROTTA, *op. loc cit.*

3.4.3. *En suma, el momento, para ella, es el 2007*

Así como el pago al FMI con reservas del BCRA era a mi juicio políticamente obvio a fines del 2005 (el momento de mayor poder político de este gobierno) y políticamente inviable para este mismo gobierno a fines del 2007,[57] así también parece más probable la candidatura presidencial de Cristina en el 2007 y en cambio difícil o hasta inviable en el 2011, en que otros candidatos eventuales pueden estar más fortalecidos que hoy. El momento, para ella, es éste. Mala noticia, es obvio, para los demás candidatos.[58] Por ello a algunos se los ve nerviosos, buscando la coalición de fuerzas: No advierten que eso es para el parlamentarismo, al cual no se convencen que les conviene adherir.

En el 2007 Cristina muy posiblemente gane, en el 2011 no se sabe. Ahora no tiene aún mucho desgaste.[59] Tiene armado todo el equipo gubernamental, si

[57] Como lo sostuvimos en nuestra columna de opinión "Racionalidad, política, economía, derecho", *LL*, 2006-A, 1277. La inviabilidad de usar las reservas del BCRA en el 2007, modificando su legislación en ese año y no en el 2005, es en primer lugar que hubiera producido mayor conmoción política y económica interna y quizás ocasionado una corrida al dólar, cosa que ahora no ha ocurrido, al contrario. Ver *El cronista*, 17 de enero de 2006, p. 15, "Menos intervenciones del BCRA, más estabilidad;" p. 19: "Inflación: analistas estiman difícil que BCRA cumpla su objetivo de programa monetario;" *Ámbito Financiero,* igual fecha, 3ª sección, p. 1. Es una ecuación que no dá para mucho más. Ahora es una operación de fina relojería; o, parafraseando al actual presidente del BCRA hace algunos años, fina cirugía, como lo citamos en "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. ¡No era decisión para tomar justo en un año electoral!

Es muy interesante leer la descripción del funcionamiento de la mesa de dinero del BCRA, a cargo de 6 de personas que maneja diariamente el mercado y la adquisición de reservas desde el BCRA, en consulta diaria con el presidente de la institución (que a su vez recibe instrucciones diarias del Presidente de la Nación), procurando no mostrar un *modus operandu* a los muy astutos cambistas.

[58] Hoy en día, como dice el editorial del *Buenos Aires Herald* del 25 de enero de 2006, *Disconcerting*, p. 12, hay solo líderes opositores sin partidos, explorando alianzas a veces absurdas, como la que analiza ese editorial. En todo caso, ahora Lavagna no está listo para una candidatura presidencial. En el 2011, contra Cristina, podría estarlo. Quizás no contra Kirchner. Algo parecido ocurre con Macri: Hoy, no mide lo suficiente; mas adelante podría medir lo necesario. *Ergo*, la fecha para él no es hoy, es el 2011. En el 2007 Cristina gana y Macri pierde; en el 2011, podría ser a la inversa, si nada cambiara. Es exactamente el mismo razonamiento de oportunidad y viabilidad política que corresponde a la decisión de pagar al FMI realizada en el 2005, razón por la cual me parece objetivamente inevitable considerarla. Más aún, como se verá en este artículo, tiene menos riesgos de fallar la candidatura de Cristina en el 2007 que el pago adelantado al FMI en el 2005 y así y todo la decisión del pago al FMI salió bien. En inglés se diría que la candidatura de Cristina es un *no brainer.* No existe traducción castellana, pero digamos que no es un problema de complejidad insuperable: Si se lo mira bien, como aquí lo proponemos, se verá que no existe en verdad alternativa alguna para el matrimonio presidencial.

[59] Aunque ya ha comenzado a gastar parte de su capital político: *V.gr.*, Consejo de la Magistratura, delegación presupuestaria permanente, virtual inderogabilidad de los decretos de necesidad y urgencia. Pagan un costo político altísimo por un racimo de frutos envenenados que, precisamente por ello, pueden estar sirviendo a otros... Si llegan a sacar todas estas leyes tal como están, tendrán que pedirle a la CSJN el favor que le pidiera Videla a la suya en el caso *Timmerman*: Que por favor le ordenara liberarlo, así cumplía con el exterior, sin pagar los costos internos! Deberán rogar que se las declaren inconstitucionales, para amainar la tormenta de constantes y más que justificadas críticas que en forma permanente y sin necesidad alguna real más que la manía del

desea mantenerlo; tiene apoyo legislativo. Su fuerte personalidad es conocida y nadie dirá que sería una marioneta de su marido, sin perjuicio de que gozará de su consejo si lo necesita, como él goza del de ella. Tiene, en un buen momento, el apoyo de alguna parte del voto femenino (algunas mujeres competidoras dicen, del voto masculino) prácticamente asegurado, lo cual le mejorará aún más los resultados. Incluso tiene un momento históricamente oportuno. El efecto Bachelet vendrá, si no en cascada, al menos en apoyo.[60] Los cargos femeninos en el gobierno preparan el camino (Argibay, Highton, Miceli, Garré).[61]

3.5. *La primera presidencia de Cristina*

Las designaciones a largo plazo que se le conocen hasta ahora como fruto de su iniciativa, han sido finamente acertadas: Tiene pues, buen olfato político para ello aunque le fracase para otras tareas inmediatas en el Senado. En la Presidencia, pues, su desafío será hacerse asesorar y guiar por el consejo de las personas que ella misma sepa seleccionar, antes que por su instinto del momento como en el Senado. Son dos lugares distintos y todo indica que lo comprenderá rápidamente.

A la Presidente Cristina Fernández de Kirchner le quedan cosas grandes para hacer, concluyendo con una condigna celebración del Bicentenario, para el que la Ciudad de Buenos Aires está sabiamente preparando más espacios peatonales y menos calles por doquier. Los argentinos participarán con más emoción que con las Malvinas, y sin sangre. Su capital político se agigantará. Nada mejor que una gran epopeya nacional, justo un año antes de las elecciones en que se presenta su marido.

Con lo cual queda preparado el escenario para el ansiado (por el pueblo) retorno de Kirchner de su periplo internacional, plenamente recuperado en su

hiper-presidencialismo hegemónico de larga duración, han desatado. Eso tiene, ya lo dijimos, pies de barro y un costo político que largamente supera el supuesto "beneficio" político. Varios aciertos simultáneos son acompañados de varios errores en seguidilla. No es forma de prepararse para la campaña.

[60] Sería ya la sexta presidenta mujer en América Latina, contando hasta los breves interregnos, o la tercera, contando solamente a Chamorro en Nicaragua y Bachelet en Chile; la cuarta, si agregamos a Isabelita. Es menos revolucionario que Garré como Ministro de Defensa: Ver la nota siguiente. En todo caso, en el mundo ha dejado ser novedad. Como dice un diario no precisamente feminista, *Ambito Financiero*, 17 de enero de 2006, p. 17, "Crece el poder femenino en el mundo."

[61] SOLTYS, MICHAEL, "Trough the glass ceiling," *Buenos Aires Herald,* 17 de enero de 2006, p. 10, postula que quizás el nombramiento de Garré como Ministra de Defensa fue un globo de ensayo para testear la opinión pública para la siguiente candidatura presidencial de Cristina. Suena harto plausible y le da una explicación sumamente racional y muy planificada al nombramiento de Nilda Garré. Lo mismo puede decirse de Micelli.

salud,[62] descansado[63] y con su prestigio agigantado por la distancia; los errores, olvidados.[64]

4. *Qué hace Kirchner durante la primera presidencia de Cristina*

Parece pues insoslayable considerar a Cristina Presidente, sin el marido, para el 2007-2011, ya que el marido en calidad de ex Presidente tendrá plena vigencia política actual y futura (pues puede volver a presentarse) dedicándose mientras tanto, durante cuatro años, a la integración sudamericana o latinoamericana a gran escala, ayudando a mediar en la eventual modificación asociativa del esquema actual, claramente agotado,[65] y a crear nuevas figuras para constituir un nuevo sistema sudamericano.[66]

[62] En todos los países del mundo el ejercicio de la presidencia impone una pesada carga a la salud de los gobernantes. Las excepciones son pocas: Reagan, Bush, Menem, Blair, Putin, algunos más. Este recambio entre Kirchner y Cristina cada cuatro años les permitirá a ambos recuperarse periódicamente en forma plena y volver constantemente renovados a la lid, sin limitación temporal. Esta combinación es mejor que la reelección indefinida que permite la Constitución de Santa Cruz, que otras provincias se aprestan a imitar.

[63] Naturalmente, sin cargos políticos internos. No le convienen, pues debería rendir cuentas a la opinión pública interna, en un tiempo que debe dedicar a restañar sus heridas.

[64] Hace muy poco el Open Society Institute publicó *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina,* Buenos Aires, 2005, en colaboración con la ADC, Asociación por los Derechos Civiles; también en edición inglesa, *Buying the News: A Report on Financial and Indirect Censorship in Argentina,* Nueva York, 2005. Lejos de acusar el mensaje, el gobierno dio un paso adelante en el caso del periodista Eliaschev. Otros periodistas sufrieron problemas parecidos, pero la sociedad argentina, luego de haber traspasado la última dictadura militar, ya no teme, y persiste. *Errare humanum est*: Ella sufrirá el mismo problema con su propia presidencia. Será el momento en que podrá retornar él. Adviértase que sólo estamos tratando de imaginar el posible patagónico frío cálculo político que alguien podría desear introducir en el abanico del total de posibilidades. No se asuste en exceso el lector: Hay alternativas peores, como quedó abundantemente demostrado en la historia argentina reciente. Y seamos francos: Hoy puedo escribir así sin temer por mi libertad ni mi vida. No fue así en los años de plomo, en que tampoco escribí como ahora escribo. No seamos, pues, mezquinos. Al César lo que es del César.

Finalmente, la censura sutil no puede tampoco producir sumisiones abyectas, pues ello hace perder lectores ante una sociedad que está un poquitín más madura como para poder digerir eso. Por ello *Clarín* en sus números del 28 y 31 de diciembre de 2005, 4 y 8 de enero de 2006, no ha podido menos que denunciar la falta de respecto oficial a las opiniones discrepantes, al pluralismo de ideas, etc. Comenta García, Marcelo, "The birth of presidential stigmas," *Buenos Aires Herald,* 16 de enero de 2006, p. 3, que el columnista principal de dicho diario ha sostenido que Kirchner arriesga ser "estigmatizado como un régimen autoritario." No es, pues, una férrea censura. Simplemente los ciudadanos debemos estar vigilantes en el ejercicio de nuestros derechos. En cuanto a leer con provecho los diarios y periódicos, se ha vuelto un paciente arte, como ya lo hemos explicado. El mismo arte y paciencia que hace falta para leer este artículo.

[65] Ante la nada velada amenaza de Uruguay de retirarse y entrar a algún ámbito de libre comercio con Estados Unidos.

[66] Sobre el MERCOSUR en la actualidad: Morales Solá, Joaquín, "Entre agonías, rupturas y decepciones," *La Nación,* 29 de enero de 2006, p. 21. En cuanto a lo segundo: Crear el Banco Central Latinoamericano, el Tribunal y Parlamento Supranacionales Latinoamericanos, concretar los proyectos de integración física, etc. El primer tema lo tratamos en "Primero: crear el Banco Central Interamericano," en *LL*, 2002-D, 1453. Los globos de ensayo dejan que desear: Laborda, Fernando: "Kirchner, entre la furia charrúa y el calor de la samba," *La Nación*, 22 de enero de 2006, p. 25: "nunca creyó en la necesidad de cultivar aliados, ni dentro ni fuera de su desconcertante país."

Pensamos que no es necesario que se oficialice su actuación en algún tipo de función pública concreta,[67] por ejemplo en calidad de canciller, función pública con importante carga de trabajo administrativo que en realidad no se adecua a su personalidad y sobre todo no está a tono con el nivel de su función presidencial anterior y futura, sino que puede y debe actuar del modo que lo hacen los ex presidentes norteamericanos, encargados por el presidente en ejercicio de misiones externas puntuales o genéricas.

El actual ejemplo de la misión encomendada por el presidente 43 a los presidentes 41 y 42,[68] en forma conjunta, es un admirable precedente.

5. *Kirchner en el 2011*

En las elecciones del 2011 Kirchner no tendrá el impedimento constitucional que tuvo Menem al querer buscar un imposible tercer mandato, sin solución de continuidad, y ni siquiera el seguro desgaste de un inmediato segundo mandato en que muchas de las promesas quedarán inevitablemente incumplidas. Su esposa tendrá que poner la cara por ellas en el 2007-2011, pero ella no fue quien hizo las promesas —ni los encendidos discursos— en el 2003-2007.

Tampoco fue ella la que cometió el histórico e incomprensible error de ponerse personalmente, aunque sea para la foto, al frente de una campaña de control de precios históricamente destinada al fracaso. Cuando Celestino Rodrigo debió desmantelar el sistema de precios máximos, porque eran una pesadilla soviética que paralizaba la economía, ya eran más 3.000, o como dijo el ministro elocuentemente, "entre tres y cuatro mil."

Mientras que Duhalde Presidente se manifestó siempre desinteresado y desinformado en materia económica, Kirchner se muestra interesado pero igualmente desinformado. Al asumir personalmente y en forma pública y notoria la tarea oficial de controlar la inflación vía control de precios, su alegado setentismo no registra al parecer en la memoria lo que pasó con la inflación contenida por el control de precios previo al "rodrigazo" de inicios de la década del setenta. Y si bien aparenta tomar en cuenta la importancia del problema, en realidad no parece registrar su real profundidad en la memoria de los argentinos y su comportamiento consiguiente, máxime ante fallos de la CSJN como *Bustos*.[69] La gente no olvida, y actúa en consecuencia, hasta que le den nuevas señales creíbles.

[67] Pues no compartimos el criterio de quienes consideran que no se puede colaborar con la administración pública sin tener una designación de funcionario público, como lo explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo,* tomo 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 8ª edición, 2003, cap. XIII, "Agentes públicos," § 6.

[68] O sea, respectivamente, Bush hijo, Bush padre, y Clinton. La denominación numérica corresponde a la jerga norteamericana actual, como forma de superar la semejanza de los nombres y apellidos de Bush padre e hijo.

[69] Con inusual discreción, *Ambito Financiero* se limita a citar a López Murphy en cuanto a que crece la velocidad de circulación del dinero y "la gente empieza a no quedarse en pesos." (18 de enero de 2006, p.12.) Pero hace ya mucho tiempo que la gente no se quedaba en pesos, y creyó que basta-

Quizás mi mayor edad me permita tener registrado en la memoria aquella época y compararla con la presente. El "rodrigazo" fue precedido de una época de control de precios cuyo resultado práctico fue desabastecimiento, baja de la calidad de los productos, etc. y terminó con el previsible resultado del desborde del inútil dique de contención y un golpe inflacionario del 70%.

El autor pudo ya comprobar ahora en las góndolas y comercios los primeros síntomas, de modo que percibirlo no debe requerir mucha astucia.[70] De persistir en este camino, tenemos pues un "rodrigazo" en el futuro. ¿Querrá el presidente que le ocurra en su mandato? En todo caso, si Cristina es presidente, lo defenderá a muerte por su actuación en el liderazgo del fallido control de precios y nadie la criticará porque será comprensible la lealtad en un matrimonio. El negocio político conyugal, si se me permite la licencia literaria, cierra aún en el fracaso.

Tampoco padecerá Kirchner del alejamiento de los primeros planos que aquejó a Menem cuando se acercó a su debilitado enfrentamiento con él: El escenario internacional *oficial*[71] es más grandilocuente y menos concreto que el interno. Podrá rehacer sus relaciones internacionales e intentar superar lo bien que le ha ido a Evo Morales antes de asumir recorriendo el mundo sin agredir a nadie, con un mensaje sartorial más logrado.[72] Claro que en el poder todo es más difícil.

ba con refugiarse en dólares, hasta que Duhalde y la CSJN en *Bustos* le dijeron que eso tampoco servía. Por eso ahora se advierte un inusitado auge de la construcción y en general de inversión en bienes durables, y si no en puro gasto y consumo, o en remesas al exterior, o los más valientes en bonos con ajuste por inflación (ahora eufemísticamente CER).

Algunos, antes que dejarlo librado a la intemperancia gubernamental y fallos como *Bustos*, hasta prefieren tirarlo en las mesas de juego, el cual acaba de aumentar sensiblemente. Invertir en el país y apostar a *Bustos* tiene menos *chance* que jugar a pleno en el casino.

En la década del setenta previa al rodrigazo el público invertía en cospeles de subte (la única moneda fuerte del país, como decía un amigo nuestro), latas de pintura, cualquier bien durable que luego pudiera transarse.

Eso es ya bien visible hoy en día en el comercio. Nadie se queda con dinero en el bolsillo, no sólo argentino, sino tampoco moneda extranjera por el sistema de control de cambios que mantiene la moneda extranjera planchada. El oro tampoco sirve, porque subió ya demasiado. La bolsa es para inversores sofisticados: Lo dijo Lavagna oficialmente, siendo Ministro, a los bonistas del mundo; los demás, "todos pierden." La economía, pues, está totalmente desmonetizada para el hombre de a pie.

[70] Ví ya un producto del listado oficial de precios concertados, de tamaño diminuto, *packaging* poco atractivo, y al lado varios productos análogos, del doble de tamaño y el triple de precio, con una presentación infinitamente más llamativa, que sugería al inconsciente que el primero muy bueno no debía ser en tanto que el segundo prometía ser una maravilla. Cuestión de *packaging* y mensajes subliminales, ya sé. Pero es todo un indicador. Esa película ya la vi a comienzos del setenta y sé como termina. Las lamparitas hoy hay que reponerlas cada vez con mayor frecuencia, los envases vacíos que se compran, al llenarse pierden líquido al contacto… Y la nave va…

[71] Muy pero muy distinto a los periplos privados externos que intentó Menem luego de su segunda presidencia, no pudiendo exhibir investidura oficial alguna. Kirchner recibiría cometidos formales para tareas externas específicas, en su calidad de ex presidente, del mismo modo que en Estados Unidos se confieren misiones especiales a los ex presidentes. Además, todos sabrán que es con certeza el próximo presidente y le tratarán en consonancia.

[72] Ver Soltys, Michael,"Don't tie Morales Down," *Buenos Aires Herald*, 24 de enero de 2006, p.20; Datta-Ray, Sunand K., "When clothes make the Statesman," *International Herald Tribune,* 4-5 de febrero de 2006, p. 7.

En el 2011 Kirchner estará fresco de celebrar junto a Cristina el Bicentenario y podrá ser electo (véase: Ni siquiera inmediatamente reelecto) y gobernar sin problemas hasta el 2015, con Cristina pasando a Senadora y **no** a la Vicepresidencia.[73] ¿O tal vez, ella sí, a la Cancillería? Como se estarán pasando la posta el uno al otro deberán ser cuidadosos con las cuentas fiscales,[74] para no entregarse un país más arruinado de lo que está.

No obstante, las proyecciones actuales indican que el 2015 comenzará un mal ciclo económico y un mandato con sabor amargo. Según las previsiones actuales y salvo nuevos descubrimientos, en ese año se extinguen las reservas hoy conocidas de petróleo, con lo cual habrá que importarlo más caro, con su consiguiente efecto en cascada: Aumento de las naftas, los lubricantes, pinturas, plásticos, fertilizantes, agroquímicos, etc.

6. *La constitucionalidad del eterno retorno*

Si uno se atiene a letra escrita de la Constitución, en el 2015 Cristina podrá retomar esa posta ya al rojo vivo (peor que en el 2007: Doble mala suerte para ella, como en todo matrimonio) y así sucesivamente,[75] pues nuestra Constitución

[73] Por el artículo 90 de la Constitución, como explicamos más abajo en estas notas.

[74] Aunque todo parece difícil: Bajar el gasto público, contener las presiones sindicales, racionalizar el gasto social y así sucesivamente.

[75] El artículo 90 de la constitución expresa que "El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período."

La clave, pues, es no integrar la misma fórmula, de ese modo pueden sucederse tantas veces como se mantenga su vida útil en las encuestas y en las urnas. En cuanto a la hipotética intención íntima del actual presidente, un periodista señala que cuando hizo modificar la constitución de Santa Cruz obtuvo la reelección ilimitada, lo que "le valió un gran reconocimiento por parte de los partidarios del presidente Carlos Menem cuando éste buscaba también la reelección ilimitada [...] lo recibieron al grito de «ídolo»": Castro, Nelson, *Enfermos de poder. La salud de los Presidentes y sus consecuencias*, Vergara, Buenos Aires, 2005, p. 182. Como en la Nación no hay reelección inmediata indefinida, esta variante de la reelección alterna indefinida es la mejor alternativa que tiene Kirchner, desde esa posible óptica. Existe una buena chance que sea ésa y no otra la razón por la cual no da a conocer sus planes para el mandato 2007-2011. Admitamos que al menos dan pasto para conjeturas, por ejemplo las enigmáticas palabras de Cristina a Alain Tourain, contadas por éste, de "no olvidar los planes de largo plazo." Dinatale, Martín, "La nueva familia kirchnerista," *La Nación,* 3 de febrero de 2006, p. 8. Si se lee con cuidado esta breve nota periodística, se advertirá que este final le da, al mismo título, un sentido completamente distinto al que desarrollan todos los párrafos precedentes. Es una diminuta cajita china muy escondida dentro de la otra, un precioso ejemplo del estilo de escritura que resulta de la autocensura contemporánea. El autor podría incluso negarle el significado que le atribuimos, a cara de piedra, si lo quisiera. Dado que no se manifiesta visiblemente interesado en un segundo mandato, que excluya un tercero, ni hay otro delfín a la vista, entonces la mejor alternativa es un segundo mandato —computado conyugalmente, claro está— de Cristina, un tercero de él, un cuarto de Cristina, un quinto de él, etc., mientras los votos y la salud se sostengan. Puesto que Kirchner acepta de buen grado la calificación de "pingüino," y ha de suponerse que con la anuencia de su mujer, el que a ella le toque la mala suerte en dos presidencias adversas sucesivas no la arredrará, pues "Los pingüinos son monógamos y fieles hasta la muerte [...] No hay división del trabajo entre los sexos." (Chatwin, *op.cit.*, § 44, p. 128.)

no contiene la prohibición de la norteamericana, que un presidente pueda ser reelecto una sola vez y luego nunca más: Así pudo Carlos Menem intentar competir con Kirchner por su tercera presidencia.

Nada en la letra expresa de la Constitución lo impide, salvo el principio republicano de gobierno, que existe desde siempre como principio escrito en el texto constitucional, pero nunca se aplicó jurisdiccionalmente. No existió nunca como *realidad viviente* en nuestro país[76] y ningún tribunal argentino y ni siquiera ningún organismo político internacional como la OEA o las Naciones Unidas llegará al extremo de declarar inconstitucional tal armado por violar el sistema republicano de gobierno. Lo podrán condenar tribunales internacionales, pero no los órganos políticos internacionales.[77] Mientras la salud les dure, y las encuestas y las votaciones les den, pueden lograr lo que otros intentaron y no lograron.

La clave, claro está, es no mezclar marido y mujer en la misma fórmula, sino utilizarse recíprocamente como cuadros[78] de recambio sucesivo, sin superposición de mandatos, pero sin solución de continuidad.

[76] Obviamente, sí como norma constitucional positiva, que se incumplirá como todas las demás en nuestra historia. Ver mi artículo "Una celebración sin gloria," en BIDART CAMPOS (dir.) *150° Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en *LL*, 2003-C, 1091-1102. Para no ir demasiado lejos en la historia veamos tan sólo el contexto contemporáneo. Para ello creemos útil recordar, como siempre, el contexto. Remitimos en primer lugar a MAIRAL, HÉCTOR A., "El impacto de la crisis económica en el derecho," *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; *Circular Letter nº 23*, **www.revistarap.com.ar.** Del mismo autor, "La degradación del derecho público argentino," en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV,* Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; otro ejemplo en MAIRAL, "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 4-18; del mismo autor, "Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina," en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III,* Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-135. En la edición argentina de la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo,* en dos volúmenes, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, 12ª edición, Thomson-Civitas/La Ley, Buenos Aires, 2006, intenté en un centenar de páginas dar un pantallazo de la realidad argentina en comparación a la realidad europea; ver también mi artículo: "El Estado de Derecho en estado de emergencia", *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?," *LL,* 2005-A, pp. 905-921. El trasfondo de varios siglos lo explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo***.** Madrid, Civitas, 1982, un volumen de 160 pp., cuarta reimpresión inalterada, Madrid, 2001. Hay edición italiana bajo el título: *L'amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo.* Introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987, un volumen de 92 pp., volumen 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzacione in Diritto Amministrativo e Scienza dell' Amministrazione. Se lo puede remontar a cinco siglos y posiblemente más, como lo explicamos en *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Director, European Public Law Center, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003.

[77] Sobre el sistema de frenos y contrapesos en el orden internacional nos remitimos a nuestro artículo "Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación," La Ley, Suplemento Especial 70 Aniversario, noviembre de 2005, pp. 165-175; *LL*, 2005-F, 1404.

[78] Advierta el lector refinado cómo el autor se encuentra, lexicográficamente, "à la page," o "dans le vent"; y no, no me estoy anotando para la embajada que quedó unos días dubitante. Es más divertido acá.

Las campañas costarán menos. Ninguno tendrá nunca un desgastante inmediato segundo mandato. Los dos saben que pueden volver a la presidencia, uno cada cuatro años, uno de la mano del otro. Un divorcio político es inimaginable, la fuerza centrípeta entre ambos es inescindible.

La diferencia de personalidades y tipos de discurso,[79] y hasta la diferencia de sexo, parece un recambio político suficiente para un país subdesarrollado. La alternativa es cambiar de presidencialismo a parlamentarismo,[80] no pedirle peras al olmo.

No se olvide que el caudillismo presidencial argentino anula en primer lugar la libertad y la fuerza del propio partido político oficial numéricamente dominante, con lo cual el poder oficial se transforma en hegemónico.[81]

[79] El contenido de ambos discursos no se contrapone, pero el estilo es diferente y ya se sabe que en esta materia "el medio es el mensaje."

[80] Se puede redargüir, es cierto, que los argentinos somos la versión contraria del Rey Midas, como dice un amigo nuestro, y que somos capaces de convertir el oro en materia portadora de *escherichia coli*.

Pero también es cierto que algunas novedades institucionales no nos han salvado, pero han ayudado a mejorar las instituciones del país: Defensor del Pueblo, defensor del consumidor, participación ciudadana, audiencias públicas, derechos de incidencia colectiva, consejo de la magistratura (que ahora el gobierno trata como el Rey Midas argentino), jurados de enjuiciamiento, etc.

Nuestro parlamentarismo, si llegamos a tenerlo, no funcionará a las maravillas, sino que probablemente será una versión devaluada y combinada de las peores experiencias que podamos encontrar en el mundo comparado y alguna modalidad propia que inventemos para desmejorarlo aún más.

Así y todo algo es claro: El presidencialismo y consiguiente sistema de partidos políticos que conlleva y que tenemos, es decididamente malo, el parlamentarismo y consiguiente sistema de partidos políticos —que funciona bien en Europa— no lo hemos intentado nunca y pareciera que vale la pena intentarlo para tratar de salir de nuestro histórico caudillismo, mal ése que sí seguro lo padecemos desde siempre, incluso desde antes de la llegada de las primeras naves españolas a fines del 1400.

[81] El caso de Kirchner es más agudo: Ganó en la Provincia de Buenos Aires *por fuera* y *en contra del PJ*, y sin embargo el propio PJ *perdedor* le reconoce su indiscutible liderazgo a quien le ganó desde afuera del partido. En una "interna" del PJ, su liderazgo es con todo el único punto en que ambos bandos en pugna estuvieron absolutamente de acuerdo. Ver las declaraciones de las autoridades del partido en *La Prensa*, 12 de enero de 2006, p. 4: "El Partido Justicialista debe escuchar la voz del pueblo. Ello significa saber interpretar los sueños de la gente. Es reconocer el liderazgo del presidente de la Nación." Otro dirigente del partido expresó "Debemos reconocer el liderazgo del Presidente." (*La Nación*, 12 de enero de 2006, p. 9.) Por su parte el polo opositor en esa interna, gestado entre otros por Juan José Álvarez, expresa a través de éste: "En el peronismo no se discute: el Presidente es el líder del PJ." (*Clarín*, 12 de enero de 2006, p. 12.) Un conspicuo ministro del anterior presidente, a su vez representante de la Federación de Trabajadores Municipales (más de 400.000 afiliados), afirmó "La tradición indica ahora que hay que acompañar la política de cambio del Presidente Kirchner." "Hay una tradición en el peronismo que el presidente de la Nación es el presidente del partido. Igual es una decisión personalísima del Presidente." Ver SCHUMAN, DIEGO, entrevista publicada en *Página 12,* 29 de enero de 2006, p. 10.

Tenemos así la máxima demostración práctica de cómo el presidencialismo argentino destruye el sistema de partidos políticos. Los partidos políticos oficiales simplemente dejan de existir con nuestro presidencialismo fuerte, y quedan solamente las minorías opositoras, dispersas, sin fuerzas. Sin un presidencialismo fuerte, con un régimen parlamentario, no existiría el caudillo capaz de someter de manera tan violenta e inequívoca a tirios y troyanos del partido gobernante, *incluso cuando el Frente liderado por el Presidente fue a las elecciones por fuera y en contra de dicho partido.*

El problema no reside en el movimiento gobernante, sino en el personalismo o caudillismo que es parte inseparable de nuestra cultura de cinco siglos, quienquiera lo haya llevado al poder, cualquiera sea su color o su divisa. Nuestros políticos y cientistas políticos coinciden, visceralmente en que necesitamos ejecutivos fuertes: Pero el parlamentarismo también provee ejecutivos fuertes, como lo prueban Churchill, Thatcher, o Blair. Lo que no les permiten es eternizarse más allá de su tiempo útil. El caudillismo presidencialista, en cambio no solamente tiene un inderogable plazo mínimo sino que arrastra también una potente inercia a continuar más allá de lo necesario.

Es imposible tener partidos políticos gobernantes fuertes en el Congreso con un presidencialismo caudillista que inevitablemente empieza por arrollar el propio partido gobernante y hacerlo un apéndice obediente de su propio poder presidencial.

En vez de partido político *gobernante en el Congreso*, pasa a ser *partido oficialista del Ejecutivo*, **no del Congreso**. El presidencialismo argentino avasalla así, en primer lugar, al Congreso, por la vía de arrasar al partido oficial y transformarlo simplemente **en oficialista**.[82]

[82] Tenemos una probable diferencia semántica o expositiva, o quizás de fondo, con López (h.), Mario Justo, y otros, *Entre la hegemonía y el pluralismo. Evolución del sistema de los partidos políticos argentinos*, Lumiere, Buenos Aires, 2001, que en el desarrollo de la obra se refieren principalmente a los partidos políticos anti-sistema, que dividen entre partidos políticos predominantes y partidos políticos hegemónicos, para afirmar *en passant* que "para los críticos del presidencialismo y favorecedores de la forma parlamentaria". . . "El presidencialismo opera bajo la regla «el ganador se lleva todo.»" (*Op. cit.* , p. 32.)

Entiendo que se pueda o no ser partidario del presidencialismo, lo que no entiendo es que no se acepte que en nuestro país el que gana, si tiene vocación de poder, efectivamente "se lleva todo," hasta que cae, no por vía electoral sino estrepitosamente por alguna de las vías que ya mentamos. (Revolución, disturbios callejeros, muertes, hiperinflación, etc.) Cada presidencia fuerte tiene pies de barro. Lo viene demostrando eficazmente toda la historia: Perón, Menem, Duhalde, Kirchner y desde luego los gobiernos militares. Ni qué decir de las presidencias no percibidas como fuertes: Illia, Isabel, de la Rúa, o simplemente democráticas pero no justicialistas.

Y como me dijo un gran amigo mío, de origen demócrata cristiano pero militando en las filas del peronismo, respecto a mis simpatías radicales: "Mirá Agustín, los radicales serán buenos muchachos, pero a la hora de gobernar no saben ejercer la autoridad."

Un importante cientista político argentino, con una vida académica entera realizada en el primer mundo, de impecable formación teórica, nos ha impactado desde la Secretaría de Cultura de la Nación. Se trata de José Nun, *La Nación*, 9 de febrero de 2006, p. 12: "Un país que lleva la división inscripta en su código genético no puede plantearse la utopía del consenso. Es un país para concertaciones."

Uno de los problemas del radicalismo, entonces, que comparto, ha sido creer en la utopía del consenso, sin advertir que toda nuestra historia y nuestra cultura de siglos, en verdad, es de disenso y liderazgos, no de consensos.

Esa es una de las grandes ventajas que hace triunfar siempre al movimiento gobernante, desde el llano y sobre todo en el gobierno: No busca consensos, hace concertaciones o simplemente impone su voluntad: Una ulterior invocación hegeliana de Nun le valió un preocupante comentario de Eliaschev, Pepe, "Almas bellas, ¿almas sucias?, *El Observador*, p. 16, suplemento de *Perfil*, 30 de julio de 2006.

Claro, esto es así hasta que todo implota y la estatua o el busto del todopoderoso es arrojado a la calle o el presidente renuncia anticipadamente o es retirado por helicóptero de los techos de la casa rosada, o se va dignamente en taxi, etc. O sea, ni uno ni el otro sirven en un régimen presidencia-

En el *parlamentarismo* es el partido político que sale primero en las urnas el que, a través de coaliciones, *lleva al primer ministro* al poder, lo controla, lo sostiene y también le puede quitar el sustento, junto a otros, con el voto de censura que lo obliga a llamar nuevamente a *elecciones*.

Cada nuevo presidente que llega al poder en nuestro país de sistema presidencialista latino y no norteamericano se encarga, primero y fundamental, de dominar al partido oficial y hacerlo un apéndice suyo, demostrando así irrefutablemente que **el presidencialismo argentino y latinoamericano destruye el sistema de partidos políticos y el Congreso**, tal como fueron previstos en la Constitución. La ciudadanía argentina se resiste a creer en la realidad que se nos muestra constantemente ante nuestros propios ojos.

A un presidente argentino sólo lo desalojan antes de tiempo las revoluciones,[83] las muertes,[84] los graves disturbios callejeros cuando son movilizados desde quienes se asoman para tomar ansiosamente el poder,[85] la hiperinflación,[86] no los votos, como a un primer ministro en un sistema parlamentario. Este autor,

lista: Uno por hegemónico, el otro por "no saber ejercer la autoridad," en palabras de mi amigo. No queda sino probar la alternativa parlamentaria.

[83] Yrigoyen, Perón, Frondizi, Illia, Isabel, en el siglo pasado.

[84] De la Rúa, Duhalde, en este siglo.

[85] De la Rúa, Duhalde. Ello explica el extremo cuidado que tuvo Kirchner, desde el inicio, en "no criminalizar la protesta social," con el consiguiente costo para el país en las perturbaciones y destrozos de toda índole ocasionados por los múltiples grupos piqueteros, manifestaciones, cortes de calles y rutas, destrozos, etc. Si hubiera un sistema parlamentario esos desórdenes callejeros no bastarían para tumbar un gobierno, como lo muestran los miles y miles de automóviles incendiados en Francia, y otros actos de vandalismo extremo, en diciembre de 2005. La policía podría reaccionar tan bien o tan mal como pudiera según las circunstancias, sin que esto se transformara en un problema de supervivencia del sistema: Tanto mayor es la inteligencia práctica del sistema parlamentario europeo versus el presidencialismo autóctono *hegemónico con pies de barro*, versión argentina.

[86] Desde luego, Alfonsín. Falta ver si la mera inflación alcanza a Kirchner, como especula GAMBAROTTA, *op. loc. cit*. Si ello ocurre, será por su grave error de no haber dejado que la Ministro de economía sea el normal fusible de recambio y a la inversa haber asumido él, innecesariamente, la primer trinchera de una lucha condenada de antemano al fracaso. Hay errores como éste y otros, que abonan la conveniencia de un alejamiento temporario del poder y la asunción de la presidencia por Cristina por un período de cuatro años. El *stress* de casi un trienio está mostrando sus secuelas en un incremento de errores normalmente injustificables en una persona de su obvia inteligencia y habilidad.

Como en 1989 haciendo historia, escribe ahora proféticamente CORTÉS CONDE en el 2006: "La inflación argentina, el riesgo de repetir la historia," *El cronista,* 30 de enero de 2006, p. 12.

Contribuye el importante aumento del circulante. El presidente forma parte de aquéllos, y no son pocos, que no creen que el aumento de circulante aumente la inflación, y considera que puede frenarla por los acuerdos de precios. Por lo demás y como siempre lo ha dicho, la economía le gusta "un poco calentita." Por ende apuesta a aumentar las reservas a través del mantenimiento del tipo de cambio estable a través de emisión por el BCRA, para lo cual instruye por teléfono, diariamente, al presidente del BCRA: *Ambito Financiero*, 1° de febrero de 2006, pp. 23 y 19; éste instruye al jefe de la mesa de de dinero con sus seis operadores.

Los economistas piensan lo contrario: "Presión a precios: sube 31% circulante," *Ambito Financiero,* 30 de enero de 2006, p. 3, luego de referirse a las indexaciones privadas, concluye "Las inflaciones empiezan así, es una historia que conocemos los argentinos."

al menos, no alcanza a comprender cómo nuestra sociedad puede preferir un sistema tan brutal de transferencia del poder.

Es inútil comparar nuestro presidencialismo con el presidencialismo norteamericano, porque allá los dos partidos son fuertes, el resto de la sociedad es fuerte, los Estados son fuertes, el Congreso es fuerte, la prensa es fuerte, etc.

Los abusos del presidencialismo norteamericano son distintos a los nuestros. Por lo general, se proyectan hacia el exterior, no el interior. Cuando se proyectan hacia el interior, tienen siempre ribetes de alcoba.[87]

Los abusos de nuestro presidencialismo no suelen proyectarse hacia el exterior,[88] se vuelcan casi siempre con toda su fuerza hacia el interior y como no tenemos un sistema de partidos fuertes, ni un Congreso fuerte, ni Provincias fuertes, ni una prensa fuerte, ni una sociedad fuerte, arrasan con todo.

Lo que funciona en Estados Unidos en materia de presidencialismo jamás puede funcionar acá. Es una ilusión absurda compararnos institucionalmente con Estados Unidos en este aspecto presidencial.[89]

Kirchner ha efectuado un impresionante esfuerzo público en el 2005 para construir su propio poder. Eso es el presidencialismo argentino en acción. Lo ha logrado. Su resultado se aprecia en el presente artículo. Un gran amigo nuestro de varias décadas, peronista desde los 18 años, de padre peronista, convencido, de buena fe, honesto, sacrificado, sencillo, inteligente, brillante, nos decía al comienzo de la gestión de Kirchner:

"Los constitucionalistas hablan de controlar el poder. No comprenden que primero hay que construir el poder." Eso es el presidencialismo argentino en

[87] Marilyn Monroe, con inimitable humor e ironía, expresó "Marilyn Monroe es un soldado. El primer deber de un soldado es obedecer a su comandante en jefe." DOWD, MAUREEN, "Liberties. Read me your sex and I'll talk your politics," *Buenos Aires Herald*, 12 de enero de 2006, p. 22, reproducido del *The New York Times*. A MAUREEN DOWD, obviamente, no le causó gracia.

[88] El reclamo uruguayo por la omisión argentina en asegurar el libre tránsito de mercadería por sus fronteras puede indicar lo contrario. Hay también otros conflictos, antiguos y también recientes. Esperemos que nuestros híper presidentes hegemónicos no sigan sumando más asperezas externas a las que ya llevamos cosechadas, que no son pocas, pues el pasivo indicado en los cuadros del § 2 puede todavía aumentar...

[89] Y en cambio es natural comparar dos sistemas en apariencia tan diversos como el inglés y el norteamericano, pues a pesar de ser respectivamente una monarquía parlamentaria y una república presidencialista, comparten ambos que son democráticos, pluralistas, abiertos, participativos, con respeto al debido proceso, a la división de poderes, etc. Hay defectos en ambos sistemas, por supuesto, pero nada comparables a los que tenemos nosotros. Para una comparación actual entre ambos sistemas nos remitimos a CRAIG, PAUL P., *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America,* Oxford y Nueva York, Clarendon Press, 1990. Ensáyese una comparación de lo que allí se analiza con nuestro país y se verá que nada es comparable. Lo que cuenta no es la estructura en sí, sino el resultado que se logra con la estructura. Ahora bien, si aceptamos que siempre hemos tenido tradición caudillista, y que heredamos al menos parte de la de la memoria social y la construcción histórica de las tribus que aún están entre nosotros, entonces un régimen constitucional de caudillo fuerte no es para nosotros, perpetúa algo que sin duda funciona en una tribu *reducida* o en un país *pequeño*, que tenga por ende *buen control social*, pero que no puede jamás funcionar en un país tan extenso y con una población tan extendida como la nuestra, con la total carencia de controles sociales que nos caracteriza.

acción: Siempre fue así. Lo suscriben hombres y mujeres de buena fe, en todo el arco iris político: Constitucionalistas, administrativistas, radicales, peronistas… Para qué seguir.

También se puede apostar a que cómo nunca ocurrió, no ocurrirá. Jugando con una alternativa parecida a la que desarrollamos en este artículo, GELLI puntualiza que normativamente un presidente podría ejercer dos mandatos sucesivos, dejar pasar un período de cuatro años, y luego ejercer otros dos mandatos sucesivos, si gana las elecciones, utilizando así veinte años de su vida: "dependerá de la edad del postulante la posibilidad de que después de los ocho años en el ejercicio de cualquiera de aquellas funciones consecutiva, más los cuatro del periodo que le sigue, pueda presentarse como candidato a cuatro años más y, eventualmente, al turno siguiente. La hipótesis de una persona titular del Ejecutivo por dieciséis años es poco probable pero no imposible."[90]

Pero cuando uno piensa en la edad de algunos presidentes y primeros ministros contemporáneos, avanzados en la década de los setenta u ochenta años de vida, o incluso más (recuérdese el *Schräckliche Alte* Adenauer), y los constantes avances de la medicina y de las expectativas de vida, la probabilidad puede aumentar con el correr del tiempo.

Al menos no cabe descartarla, cuando el texto escrito de la Constitución lo permite. Pues allí está la clave del problema. Que el sistema constitucional permite la perpetuación en el poder hiper-presidencial. Y no lo arreglaremos con un tope de edad u otras fruslerías: No juguemos más a intentar arreglar un juguete que nunca funcionó, en un contexto en que jamás pudo y jamás podrá funcionar. Aprendamos la lección, cambiemos de juguete.

No es bueno para el país, y no es cuestión de probar nuevas formas de presidencialismo, pues ya se han probado casi todas. Ahora hay que abandonar el presidencialismo e intentar el parlamentarismo, que funciona en varios continentes.

El presidencialismo norteamericano no lo lograremos nunca: Nos faltan para siempre los dos siglos de su historia ya vivida, tenemos a la inversa *cinco sólidos siglos diametralmente diferentes de nuestra propia cultura y nuestra propia historia*, como hemos intentado demostrar una vez más en las notas de este artículo y en otras publicaciones.

Nos repetimos: El presidencialismo anda bien en los Estados Unidos, pero no está hecho para nosotros.[91] Somos históricamente una cultura diferente.

[90] GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Concordada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª edición, p. 813.

[91] Ya en 1962 señalamos las disfuncionalidades empíricas de nuestro sistema teórico en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, cap. II, § 6, que mantenemos intacto en nuestro *Tratado de derecho administrativo,* tomo1, *Parte general,* Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª edición, cap. III, § 4.2. Nada ha cambiado desde entonces que nos haga cambiar de opinión. Más bien todo ha empeorado. Sobre los primeros y duraderos efectos de la integración de la cultura indígena argentina con la cultura europea hay abundantes y riquísimos ejemplos de múltiples fuentes. Ver, entre muchos otros, CHATWIN, BRUCE, *En la Patagonia*, Buenos Aires,

No insistamos en la fórmula errada, somos un país de caudillismo tribal desde antes de la conquista española y debemos tratar de cambiar nuestra memoria colectiva, no profundizar la herencia. El parlamentarismo ya casi universal es el camino.

El resumen teórica y normativamente posible de los siguientes años sería entonces, en el esquema de posibilidades permitidas en la constitución vigente (más allá de su probabilidad real en la praxis política), tal como lo venimos desarrollando, el que enunciamos a continuación.

Puede parecer absurdo, de ciencia ficción, exageración de andaluz, recurso retórico que supera lo razonable, absolutamente irreal, todo eso lo concedo, pero en todo caso no viola el texto ni la *praxis* tradicional de la vida *real* de la historia de la Constitución. Y como en una canción de Brassens yo diría *Gare le Gorille*!

2015-2019: Cristina.

2019-2023: Kirchner. Al concluir este hipotético tercer período constitucionalmente autorizado, Kirchner tendría 74 años y podría pensar —nuevamente, si mantuviera la salud, las encuestas le dieran como en el 2005, los astros nuevamente se le alinearan, etc.— en un último mandato, lo cual podría dar lugar a dos últimas tandas, y allí dar inicio al sistema parlamentario, reformando también los partidos políticos. Mientras lo prepara, el esquema podría entonces ser:

2023-2027: Kirchner-Cristina

Sudamericana, 1985, 2ª ed.,§ 86, pp. 255-7; contrástese § 85 *in fine*, p. 254; § 68, p. 208; § 67 *in fine*, p. 207; algunas características generales de los yámanas, cerca de Ushuaia, § 64, pp. 198 a 200. Un interesante relato, aunque de tercera mano, muestra un contrapunto entre aborígenes de mezclas raciales diversas e ingleses, en Tierra del Fuego, § 61, pp. 190-1; matanza deportiva de indios por los ingleses, § 56, pp. 170-1.

En todas las etnias de las numerosas tribus del país prevalecieron algunos trazos comunes: Al ser pequeñas el cacicazgo era simple y contaba con eficaz control social inmediato; la tribu estaba en equilibrio con el hábitat; eran generalmente cazadores-recolectores, nómades o seminómades. Una versión muy pormenorizada en Floria, Pedro Navarro, *Historia de la Patagonia,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 26, 28.30.31, 32, 50, 51, 52, 53, 54 (Roca en 1878, muy importante su lectura); 59, 64, 65, 66, 67, 68, etc.

Con la invasión española y en menor medida con las sucesivas incursiones inglesas, francesas, danesas, etc., comienza la lucha armada del europeo contra el indígena o viceversa, imposible saberlo hoy en día; en todo caso seguramente era recíproco. Si bien la lucha y la exterminación fue mutua, la integración racial y cultural resultó inevitable. Con el tiempo (¿o fue siempre? ¿cómo saberlo?) el cazador ya no se limitaba a cazar en el hábitat sino que robaba en otras tribus. Furtivamente si podía y si no por la fuerza, pudiendo terminar en muerte: Igual que el cazador urbano contemporáneo. Decimos que los malones indígenas se iniciaron contra los asentamientos criollos, ya mestizados; que el ejército repelió a su turno atacando los asentamientos indígenas, pero ¿quién empezó? ¿se sabe acaso?

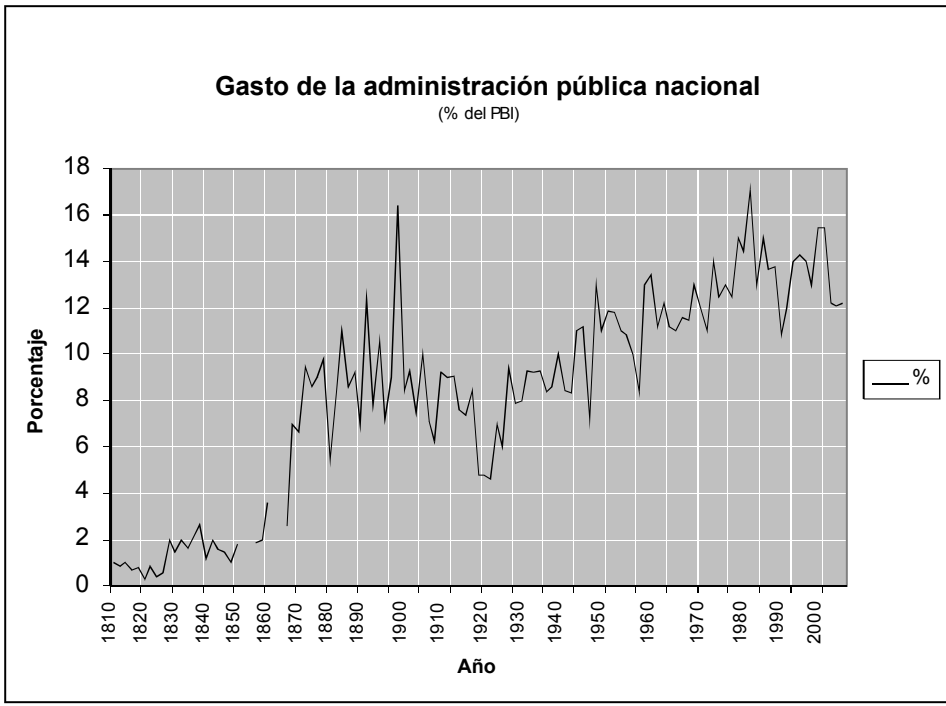
Los indígenas no se mataban entre sí antes de los desembarcos y las incursiones europeas. Tampoco se mataban por deporte como los europeos mataban por deporte a los indígenas. Para matar a otro, se advierte en todos los relatos, conviene engañarlo, esto es mentir; igual que para hurtar o robar. Así nació nuestra aculturación recíproca: De allí venimos nosotros, no de los *pilgrims*. No me cuenten del presidencialismo norteamericano para nuestro país: No somos los *pilgrims* doscientos años después; ni siquiera los quechuas o los aymarás. Véase el § 9 y el pie de página final.

2027-2031: Cristina.[92]

No estoy dando consejos a quienes ostensiblemente no los necesitan, sino tratando de analizar una de las alternativas cerebrales que es racionalmente posible que estén o hayan de estar presentes, objetivamente, en los análisis y conciliábulos de los largos y fríos fines de semana de la mesa chica en Calafate.

Sí, ya sé que los argentinos no temen al futuro ni aprenden del pasado. Como nuestros tobas —por supuesto argentinos— todos ellos pueden también, con tranquilidad y espiritualidad, afirmar "Nosotros estaremos aquí para siempre," "bailando, bailando, bailando." "Somos ricos."

Rogamos ver la fuente de estas expresiones en el pasado y en el presente indígena de nuestra cultura, en la nota 17, como así también en un momento parecido de la historia argentina, caracterizada por "su optimismo exagerado," por un gobierno "embriagado de optimismo" como allí se explica respecto de la más grande crisis histórica de los últimos doscientos años de la historia argentina, que por cierto empalidece frente a la absoluta ruina que muestra el gráfico de la p. 66. Así, en el peor endeudamiento público de toda nuestra historia (gráfico de la p. 66) tenemos también un enorme gasto público:



Fuente: "Dos siglos de economía argentina (1810-2004)," capítulo: Sector público.

[92] Para la versión anterior Kirchner-Cristina existen objeciones para el período 2007-2011, no para el 2023-2027 que parece demasiado lejano: PAZOS, NANCY, "Cuchillo bajo el poncho," *Perfil,* 29 de enero de 2006, p. 6, invocando "el fallido precedente Perón–Perón." Pero me parece que los

Saque el lector sus conclusiones.

7. *El fin del sistema presidencial y de partidos políticos actuales*

Si este hipotético sueño invernal se materializara, cuando se esté por acabar —pues todo se acaba en este mundo— y las encuestas oficiales ya no le den, como ahora se dice que sí le dan, sustento a sus titulares, ellos bien pueden, antes de retirarse del centro de la escena, dar, no un remanido *bis*, sino una última innovación magistral. Si fuera antes de tan largo calendario como el que aquí contemplamos, mucho mejor para el legado que podrán dejar a la historia.

Como histórico legado final, pues, liquidar el sistema presidencial, ya agotado en sus frutos, armando una reforma constitucional en la cual el país tenga por primera vez[93] y para siempre un sistema parlamentario y de partidos políticos al estilo europeo, en el cual estas cosas ya no sean más posibles. Que nadie más escancie con fruición las mieles del poder. Que los partidos políticos no puedan ser señalados como pertenecientes al aparato del Estado,[94] ni los pueda cooptar

Kirchner no están pensando en esa combinación para el 2007-2011, que les haría entrar en la limitación del artículo 90 de la Constitución. De considerarla, es para la salida, con muchos años de entrenamiento en el previo ejercicio efectivo del poder.

Aquí termina mi trabajo de Nostradamus de la Constitución. Si me equivoco, en el 2031 estimo que por la fecha tal vez sólo puedan ir a reprochármelo a una cierta dirección del dominio público de Mercedes, que ya hoy figura en guía. Aún para el supuesto que la autopista, proyectada en 1960 y hoy en día en plena ejecución a través del cobro de peaje (actividad que no se interrumpe), esté terminada para ese entonces, es incómodo. Por eso estoy tranquilo de un descanso en relativa paz, aún si me equivoco en el largo plazo. Si me equivoco en el brevísimo plazo, como me anuncian mis amigos (tengo amigos sinceros y francos), tal como me equivoqué con el *default,* diré que esto era nada más que un inocente *divertimento,* para tratar de entretener, tal vez hacer pensar y con fortuna hacer sonreír a mis amables lectores.

[93] A menos que la Ciudad de Buenos Aires, pionera institucional en tantas cosas, se anime a liderar el cambio. Adviértase cuánto mejor se hubiera podido manejar todo, tanto por Ibarra como por sus opositores y cuestionadores por el drama de Cromañon, si la Ciudad hubiese tenido un régimen parlamentario. Se hubiera ahorrado el desgaste institucional del intento de juntar firmas para un *recall* confirmatorio, de la votación con agraviante suspensión sin sueldo para el juicio político, del juicio político mismo, de las acciones judiciales, de las manifestaciones callejeras simultáneas a favor y en contra, con riesgo a la seguridad pública (ver *Ámbito Financiero,*16 de enero de 2006, p. 17: "Peligroso: pulsean en la calle resultado de juicio"), con el consiguiente despliegue de efectivos policiales y de seguridad, vallados, cortes de tránsito, etc; y del sinsabor que el resultado deja en una u otra parte del conflicto. ¡Cuánto más sencillo y civilizado hubiera sido un voto de censura en la legislatura con el consiguiente inmediato llamado a elecciones, disolución de la legislatura y formación de una nueva legislatura y nuevo jefe de gobierno, fuere o no Ibarra! ¡Cuánto ahorro de tiempo y esfuerzo! Tal como termina, si se puede decir que termina, la historia actual, sólo quedan claroscuros, juicios, indefiniciones, cuestiones inconclusas e irresueltas. El voto popular directo de una democracia parlamentaria, en una sociedad abierta y pluralista como es la de la Ciudad de Buenos Aires, podrá ser equivocado pero al menos es final, termina las discusiones, es irrefutable y tranquiliza los espíritus.

Raúl Zaffaroni ha liderado hace tiempo la propuesta parlamentarista, y a comienzos de año la ha adoptado un Secretario de la Ciudad, Eduardo Epszteyn, *La Nación*, 6 de febrero de 2006, p. 6. Ojalá cunda. La lección de Cromañón e Ibarra debiera ser aprendida.

[94] Ver el crudo, lapidario, sumamente documentado y excelente trabajo de Scherlis, Gerardo, "La estatización de los partidos políticos argentinos. Aportes para la explicación de 20 años de democracia

ni invadir el caudillo de turno. Que el partido oficial no sea la presa necesaria de quien gane las elecciones presidenciales, sino al revés, quien lo designa y lo controla[95] y, desde el parlamento, pueda votarle una moción de censura que lo obligue a llamar a elecciones.

Pues está demostrado, como aquí una vez más claramente se advierte, que el sistema presidencial y de partidos políticos que tenemos no sirve en un país como el nuestro.[96]

sin equidad," en *Res Publica Argentina*, *RPA* 2005-1: 71-98. (Editorial Rap, Buenos Aires, 2006.)

[95] Como Duhalde creía que podía controlar a Kirchner. Se olvidaba de dos cosas: Que esto es un sistema presidencialista, no parlamentarista, y que él no tenía detrás de sí una mayoría parlamentaria, sino una mayoría presidencialista, por lo tanto dispuesta a seguir al presidente *en ejercicio*, no a un ex presidente. A esos efectos el ex poder de Duhalde se asemeja al ex poder de Menem. Aquí hay ejercicio puro y duro del poder efectivo *por parte de quien lo tiene*. Eso es el presidencialismo argentino. Aquí no hay voto de censura que obligue a llamar a elecciones anticipadas y a medir nuevamente las respectivas fuerzas en las urnas.

Gana, por ende, quien tiene el poder, *mientras lo tiene; no hay mecanismo institucional para privarlo de él por medio de elecciones anticipadas*. Por eso pensamos que el matrimonio Kirchner tiene posibilidades de ejercer un largo poder hegemónico dentro del constitucionalismo argentino, que nunca la sociedad argentina se atrevió siquiera a cuestionar. Con este comentario quisiera al menos ayudar a reflexionar. Dada la riqueza de matices es imposible coincidir en todo, mi invitación es tan sólo a pensar en las mil y una aristas que se presentan.

No es cuestión de agregar un artículo 90 *bis* para los matrimonios presidenciales; eso es esquivar el problema frontal y pretender atacarlo por los flancos. Pues tampoco es cuestión de agregar un artículo que prohíba las candidaturas de los "cónyuges, hermanos o hijos" como lo hacen varias constituciones latinoamericanas, que recuerda LANATA, "Verano reeleccionista," *Perfil*, 15 de enero de 2006, p. 19: Con el tiempo habrá que agregar un 90 *ter* para uniones civiles de personas del mismo sexo. Y así y todo se pueden estar poniendo previsiones de más, y de menos. De más, como lo demuestra el hecho de que los hijos pocas veces tienen las ambiciones de los padres, como cualquier padre puede atestarlo y cualquiera puede verlo respecto de los hijos presidenciales contemporáneos (Ricardo, Carlitos Jr., Zulemita, Fernando, Aito, el actual hijo presidencial); de menos, porque hasta los concuñados sirven para los enroques, como lo demostraron los conservadores como lo hicieran Julio A. Roca, Juárez Celman (concuñado del primero), amén de otras ricas posibilidades sucesorias generadas por el orden conservador en la Argentina: BOTANA, NATALIO R., *El orden conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, Sudamericana, Buenos Aires, 1998, 9ª edición.

En cuanto a hermanos, a Carlos Menem se le pasó la oportunidad histórica de colocar en la segunda vuelta a Eduardo Menem, que le hubiera devuelto la presidencia en la tercera, del mismo modo que lo harán recíprocamente los Kirchner, si los hados les son favorables.

[96] Cada vez son más las voces ilustradas que se suman a este reclamo. Recientemente PÉREZ HUALDE, *op. loc. cit.*, aunque menos enfático, desde luego, que nuestro texto con aires de Andalucía para compensar el frío patagónico. Mientras tanto, les digo a mis amigos presidencialistas: ¿Les sigue gustando el presidencialismo ahora que saben que no podrán llegar nunca en su vida a la presidencia, ni siquiera cerca de ella? ¿Ni ellos ni sus hijos, ni los hijos de sus hijos y así sucesivamente? Pues adviértase que la historia viene clara: Frondizi, Illia, Alfonsín y De La Rúa demostraron que no se puede terminar un mandato presidencial por fuera del justicialismo *lato sensu*. Kirchner y Cristina quizás demostrarán que ahora ni siquiera se puede acceder a la presidencia.

(Menem —no obstante sus grandes y muchos pecados y pecadores— eliminó magistralmente la opción militar, una verdadera revolución en los casi 200 años de historia del país, inimaginable antes que él la hiciera: La supresión del servicio militar obligatorio. El terreno había sido fértilmente preparado, claro está, por el gobierno de Alfonsín con las leyes 23.049 y 23.984, que impusieron el juzgamiento a rajatabla de las decisiones de los tribunales militares y el juzgamiento de los delitos militares: Ver FARRANDO, ISMAEL, "Función jurisdiccional y justicia militar," en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *El poder Judicial,* Buenos Aires,

Pasar al sistema parlamentario supone, claro está, cambiar y modernizar también el sistema de partidos políticos.

Nótese que este cuento lo escribo en el largo plazo, con final feliz.[97] Puede también tener final abierto a corto plazo,[98] pero no apostemos a ello: apostemos al cambio institucional, que nos preserve de la desgracia colectiva, una u otra.

8. *Por qué no convenzo a mis lectores, mucho menos a los políticos opositores*

8.1. *En primer lugar, porque los segundos aspiran secretamente a ser presidentes omnímodos. Ser Primer Ministro, para un argentino, es no ser nada.*

Esta es la verdad desnuda. No se logran convencer que jamás llegarán o que si llegan durarán un suspiro. No alcanzarán a saborear el néctar del poder. Les quedará atragantado el primer sorbo.

Los argentinos somos partidarios de gobiernos presidencialistas fuertes, mesiánicos, napoleónicos, porque soñamos con serlo nosotros mismos, o al menos estar cerca de él y disfrutar las migajas de su poder supremo.

Depalma, 1990, p. 373; Carrió, Alejandro, *La Corte Suprema y su independencia,* Buenos Aires, 1996, Abeledo-Perrot, página 16; Garay, Alberto F., "La vuelta al régimen constitucional," en Carrió, *op.cit.*, p. 121; y una larga lista de antecedentes exhaustivamente compilados en Abásolo, Ezequiel, *El derecho penal militar en la Historia Argentina,* Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, pp. 644-657. Todavía estamos en deuda como sociedad, de agradecer y celebrar colectivamente esos eventos de tamaña magnitud institucional. Cristina debiera invitar a todos los ex presidentes constitucionales al palco en el 2010: Sería un gesto de grandeza que la honraría a ella tanto como a los ex presidentes y al país mismo. Es parte de la lección cívica que nos enseñan desde Chile: Fernández Díaz, Jorge, "La lección de Bachelet que no queremos aprender," *La Nación,* 22 de enero de 2006, p. 25.)

¿Qué opción queda? Sólo el parlamentarismo, obvio. Para confesar de antemano que no creo haber encontrado la fórmula mágica, séame permitido recordar el pésimo y quizás único antecedente parlamentario que tenemos en la Argentina, que analiza Pulvirenti, Orlando, "A diez años de la reforma a la Constitución de 1994, el Gobierno Parlamentario de enero de 2002 a mayo de 2003," en el libro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional,* Advocatus, Buenos Aires, 2005, pp. 201-214.

Ahora bien, pedirle maravillas al parlamentarismo en su primera e inesperada experiencia no regulada normativamente, en un país en llamas, luego de la renuncia de Chacho y caída de De la Rúa, estado de sitio, revueltas populares, luego de cinco presidentes en la semana trágica del *default*, corralón y corralito, ahorristas enardecidos en la calle, bancos amurallados, es criticarles el orden institucional a los franceses luego de la toma de la Bastilla y mientras funcionaba la guillotina…

No nos ha parecido oportuno ni necesario retroceder al debate histórico del presidencialismo vs. parlamentarismo antes de la reforma de 1994, por tratarse de un sistema muy distinto; incluso los primeros comentarios luego de la reforma no tenían frente a sí la realidad que hoy estamos contemplando. Pedimos por ello disculpas a los distinguidos iuspublicistas que tanto han escrito al respecto, y a nuestros lectores, aunque también hubiera recargado en exceso un trabajo que en verdad sólo busca apoyarse en la coyuntura para apuntalar el argumento.

[97] También, es cierto, puede terminar mal. Por eso digo que es un cálculo de posibilidades, no de probabilidades.

[98] O sea, que la inflación se salga de cauce y Kirchner no pueda siquiera terminar su mandato en el 2007, como tampoco pudieron terminar el suyo Duhalde, de la Rúa, Alfonsín, Martínez de Perón, Illia, Frondizi, Perón, Yrigoyen. . . ¿No es acaso más civilizado un voto parlamentario de censura y la convocatoria a elecciones?

Pero como no llegaremos, esa es la verdad, tengamos al menos diputados que nos respondan y tengan a su vez poder para cambiar al primer ministro si así lo votamos, el que será tan fuerte como nuestros presidentes, pero no jurídicamente inamovible, pues ésa es la enorme debilidad insalvable de nuestro sistema.

Tengamos pues un sistema parlamentario en que si nosotros no queremos que siga el mismo titular del ejecutivo, tengamos elecciones prematuras y definamos otro primer ministro fuerte, pero distinto; o, si los votos le dan, reforcémosle democráticamente en el poder y no con los artilugios inconstitucionales que vimos en el § 1.

8.2. *Los argentinos que se conforman con ser diputados o senadores en un sistema presidencial*

Todos aspiran y se contentan con lograr un segundo plano escénico en el Congreso, sin posibilidad alguna de influir y eso sí, con mucha imagen pública en programas de TV y diarios. El ego personal puede quedar satisfecho, pero: ¿De qué sirve al país? ¿Quién se acordará de ellos por sus obras?

¿No han visto por televisión una sesión del parlamento inglés, con su *question time* semanal, en que el líder de la oposición ametralla al primer ministro, una a una, con las preguntas más punzantes de su repertorio, y el primer ministro en persona le contesta en el acto, con sus mejores armas y su mayor preparación previa desde el gobierno y horas de dedicación efectiva a la administración pública y a prepararse precisamente para esto, para dar respuestas tan satisfactorias como sea capaz y los hechos le permitan, a cada pregunta de la oposición?

Acá no hay preguntas al Jefe de Gabinete, ni conferencias de prensa, ni siquiera reuniones de gabinete, ni menos preguntas al Presidente.

Nos preocupamos de quejarnos de ello, pero: ¡Cuánto mejor un "fusileo" semanal, por televisión abierta, cara a cara, minuto a minuto, toda la sesión, del líder opositor al primer ministro!

No quedan preguntas capitales para el periodismo, lo importante para la marcha de los asuntos del Estado ya fue preguntado y contestado, mejor y más agudamente, en el parlamento. No cualquier periodista levantará la apuesta del líder de la oposición. Lo hay quien lo intenta con otros entrevistados, y vale la pena ver esos programas, pues ya son entonces de un nivel excepcional, desconocido en nuestra televisión.

El debate semanal parlamentario supera largamente a la conferencia de prensa presidencial, en que el presidente se da el lujo de elegir a qué periodista acepta preguntas (nunca tan preparado para la ocasión como el líder de la oposición, a quien le va su carrera en ello), y decide a su a gusto cuándo cesa de aceptar preguntas y se retira.

Que eso lo lamenten los periodistas, es *primum vivere, deinde filosofare.*

Que lo lamentemos los ciudadanos, es no atender a la *res publica argentina*.[99]

Lloramos por el "cuarto poder minoritario," amenazado y corrido del centro de la escena que de todos modos no debe ocupar antes del segundo, y no queremos un segundo poder del Estado, de base electiva, que funcione.

Preferimos en cambio tener un inútil sello de goma[100] que sea parte integrante de nuestro sistema de concentración de poder presidencial, tal como resulta en nuestro país del esquema que tenemos y explicamos en el § 1.

En un sistema parlamentario de cualquier naturaleza ello no pasaría. El sistema parlamentario obliga al primer ministro a estar preparado y dar respuestas informadas y sagaces, en el acto: No hay lugar para berrinches, ni puñetazos en la mesa.

Nuestros presidentes hegemónicos nunca contestan preguntas y finalmente caen, de la cima al barro. Ese es el sistema que los argentinos eligen con sus hechos y sus voluntades políticas, hasta las de su *intelligentzia* política.

8.3. *El juicio político a Ibarra*

Largo y costoso, y penoso, desgaste de fuerzas públicas y privadas. ¿No hubiera sido más barato para toda la sociedad, y para los mismos involucrados, una renuncia anticipada por la presión o sugerencia de un grupo de sus propios diputados o un voto parlamentario de censura con un inmediato llamado a elecciones? Para eso se hubiera requerido un sistema parlamentario, que no hemos querido tener hasta ahora, autoinfligiéndonos en cambio todos estos inmensos costos sociales e institucionales que podrían haberse evitado.

8.4. *La caída de casi todos los presidentes, salvo las asonadas militares*

Salvo las asonadas militares, que ya no se repetirán, los presidentes civiles han caído antes de tiempo por puebladas de diversa índole, o amenazas de ellas, que van *in crescendo*: "La tradición de las puebladas piqueteras, que caracteriza la vida argentina hace casi una década."[101]

[99] Por supuesto, aquí es aplicable lo que dijimos en los párrafos finales de las palabras de cierre que pronunciamos el 28 de junio de 2006 en el acto de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, en www.adaciudad.org.ar

[100] Para insistir, al igual que en el punto anterior, en la frase que usáramos en García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 12ª edición, con notas de Agustín Gordillo, Thomson-La Ley / Civitas, Buenos Aires, 2006, cap. II, nota 16.

[101] Eliaschev, Pepe, artículo de ese título en *El día*, 3ª sección, 29 de enero de 2006, p. 3. Aunque este autor no lo elabora, todos sabemos que los piquetes con sus nutridos "grupos de seguridad" o fuerzas de choque tras anónimos pasamontañas y armados con largos e importantes palos, son amenazantes y a veces atacan a algún automovilista osado. En posición de descanso imitan igual actitud de análogas fuerzas federales.

Pero además sus dirigentes y acólitos usan potentes altavoces que perturban la paz mucho más allá de cualquier norma municipal o sentido común, sus ayudantes detonan petardos de mucho estruendo que nada bien hacen a los nervios comunales, y todos en conjunto efectúan cortes de

Antes los argentinos golpeábamos a las puertas de los cuarteles, siempre dispuestos a servir a la patria, y con lo más ilustrado de la civilidad argentina dispuesto a brindarle sus servicios. Hoy ambos cuadros están en retirada, aunque ciertamente nostálgicos, y se les nota.

ruta y desvíos de tránsito que trastornan los horarios de trabajo de la clase media y media baja, no afectando a la clase alta ni, obviamente, a los indigentes.

Así como primero aparecieron los recolectores urbanos y luego los "cazadores urbanos," según MERKLEN como recordamos más arriba, estos parecen ya malones urbanos.

La respuesta oficial de Kirchner ha sido "No criminalizaremos la protesta social." Pero ¿qué pasa cuando esa protesta social deviene en conflicto internacional cuando se corta el tránsito de camiones desde Chile hacia el Uruguay, obligándolos finalmente a regresar al país de origen, y al país de destino a paralizar —por vías de hecho, oficialmente toleradas, de la turba— una cuantiosa inversión soberana de otro país hermano por tiempo indeterminado, en violación a toda norma internacional y a toda mínima relación de hermandad y comportamiento conforme a derecho? La libre navegación de los ríos fue una de las condiciones de nuestro nacimiento como países independientes. La libre circulación también lo es.

Ese es un Estado ausente, tan ausente como lo estaba el Estado liberal que por otra parte tanto se denota oficialmente. En realidad, en algunos aspectos más ausente, porque el Estado gendarme de hace siglos al menos aceptaba el deber de guardar el orden.

Una última reflexión sombría: Toda esa agresión interna puede ser indiferente a los indigentes e indignar a la clase alta, pero sus directamente afectados están en la clase media que pugna desesperadamente por no caer en la pobreza y en la indigencia. Pero tómese otra página de la historia: La revolución francesa, según Bakunin, la hizo la burguesía, no el proletariado. Dicen que la toma de la Bastilla la lideró, en el momento fuera de sí, un tímido comerciante de barrio, incapaz de degollar una gallina en su casa.

No se crean demasiado omnímodos, los que han logrado concentrar todo el poder: Éste ha probado siempre ser efímero y peligroso. Y no es cuestión de concentrar todavía más poder, es cuestión de repartirlo entre los diversos poderes del Estado, preferiblemente con un sistema parlamentario que es más adecuado para nosotros que el presidencialismo norteamericano, aplicable a una sociedad que nada tiene que ver con la nuestra. Si somos italianos que hablamos español y nos creemos ingleses, no imitemos a los norteamericanos en materia presidencial cuando en verdad estamos inmersos en la cultura del cacicazgo indígena de esta tierra, no de otras tierras.

Nosotros venimos de un *mix* centenario de la cultura caudillista indígena que estaba en esta tierra desde siempre, más todos los inmigrantes del mundo que luego vinieron: Ellos se mezclaron con los previos habitantes de la tierra y formaron una cultura nueva, común. Ese modelo de integración cultural ha sido exitoso para todos quienes han venido después, tan exitoso como la sociedad norteamericana de los primeros *pilgrims*, que no se integraron a los *injuns*. La integración cultural norteamericana nada tiene que ver con la integración cultural argentina. Hemos visitado a muchos argentinos en Estados Unidos cuyos hijos nacieron allá: Estos son norteamericanos puros, orgullosos de ser americanos, no hablan ni entienden castellano y sobre todo no lo quieren hacer.

No copiemos instituciones que pueden funcionar para un *mix* cultural totalmente diferente. Nosotros tenemos desde siempre un *mix* distinto. En los últimos años el caudillismo creciente, sumado a los nuevos cazadores-recolectores urbanos, a los nuevos malones urbanos de intramuros, etc., muestra una preocupante y creciente regresión a épocas previas a la llegada española a América.

Sus buenas cosas anteriores al 1500, si acá tan al Sur las tuvimos alguna antes del descubrimiento y la llegada de la población española primero, ésas las hemos perdido o en toda caso ya no las tenemos desde hace quinientos años: *Ama sua, ama llulla, ama quella* (obviamente, no es una lengua indígena argentina, lo que ya dice mucho): "No robar, no mentir, no aflojar." Conviene leer MORALES, EVO, "Los discursos de Evo," *Página 12*, *Suplemento Especial*, 30 de enero de 2006, aunque no se lo comparta en muchos aspectos: Algunos comprensibles por el entorno de la consagración religiosa en Tiahuanaco y luego la asunción presidencial en La Paz, pero en cualquier caso con dos anuncios dichos como al pasar pero de suma importancia y a brevísimo plazo. Ver *infra*, § 9.

Pero como las cosas subsisten, los gobiernos igual caen, y ahora se llaman a nuevas y novísimas elecciones presidenciales hegemónicas anticipadas para elegir un hegemón anticipado que febrilmente primero acumulará todo el poder, eliminará todo vestigio que advierta del poder del pasado, de la tripartición de poderes, de las divisiones internas de su partido, de la oposición, etc., sin pensar ni dedicar un minuto a pensar, ni haber pensado antes, ni menos estudiado, en la inserción de la Argentina en el mundo y cómo actuar en concordancia.

Hasta que con la lógica ineluctable de los hechos, brutalmente debe caer, no sin antes espasmódicamente nuevamente llamar a elecciones anticipadas para elegir otro hegemón, que recomenzará el mismo proceso, eliminando todo resabio del poder anterior, de la tripartición de poderes, de la división interna del partido gobernante, de la oposición, hasta que…

¿No hemos vivido lo suficiente esta repetidísima historia para advertir dónde se halla su causa y cuál es su solución?

Si se presta atención, hay un ligero parecido entre los llamados a elección parlamentarios por renuncia anticipada o voto de censura a un primer ministro, y los llamados a elección presidenciales por renuncia anticipada del presidente ante la eclosión social. La enorme diferencia es que nuestro sistema actual lleva todo al punto de ebullición previo a la explosión, espasmódico, letal, volcánico, costoso hasta en vidas humanas, traumático, en tanto que el cambio anticipado de gobierno parlamentario es normal, electivo, plenamente democrático, educativo, casi festivo. Disfrutemos de una buena vez de la democracia parlamentaria, no nos torturemos más con la tragedia presidencialista que estamos sufriendo hace dos siglos.

8.5. *Obvio, el cambio de sistema no cambia al país: Tan sólo es un intento más*

No soy ciego al hecho de que así como ninguna norma y tampoco la Constitución funcionó jamás bien en nuestro país, sino todo a medias, así también un eventual parlamentarismo argentino no sería sino un remedo imperfecto de cualquiera de los sistemas que se decida copiar, adaptar y deformar. Una caricatura del modelo original, como solemos hacer.

En cualquier caso, un nuevo modelo constitucional no cambia un país, sólo dá al país la oportunidad de hacerlo. Y le da más chance y por ende más responsabilidad de participación a la sociedad civil.

9. *Pié de página*

9.1. *No, no descendemos de los* pilgrims

No somos norteamericanos en materia presidencial, está claro: Texto, § 1.1., 1.2, 1.3, 1.4.

9.2. *Además, venimos de otros pueblos indígenas y otras combinaciones culturales*

El siguiente pié de página indigenista, extranjero, hubiera dado lugar a malas interpretaciones si lo hubiera puesto como colofón, pero al lector que haya analizado atentamente las referencias y remisiones entrecruzadas de las notas, en sus múltiples facetas interdisciplinarias acerca de la historia de más de cinco siglos de nuestro propio país, tal vez le sirva como plataforma de pensamiento político nacional. Estos, tampoco somos nosotros:

Ama sua, ama llulla, ama quella

9.3. *El mito del eterno retorno*

Que esta obstinada perseverancia nacional en presidencialismos fuertes que luego caerán con estrépito, en lugar de primeros ministros igualmente fuertes que se renueven democrática, oportuna y pacíficamente, es una muestra más del arcaísmo de nuestra sociedad cuando ella carece de los mecanismos *sociales* y *económicos*, además de *políticos* e *institucionales,* de frenos y contrapesos que sí existen en Estados Unidos. Es un tributo que como argentinos rendimos a las sociedades primitivas en las que "los rituales y los actos profanos significativos [...] sólo poseen el sentido que se le da porque repiten deliberadamente tales hechos planteados *ab origene* por dioses, héroes o antepasados;"[102] "el hombre arcaico no conoce ningún acto que no haya sido planteado y vivido anteriomente por otro [...] Lo que él hace, *ya se hizo.* Su vida es una repetición de gestos inaugurados por otros."[103] Por eso tenemos indiscriminadamente admiradores actuales de cada uno de los hombres fuertes, incluso tiranos, que el país tuvo. No importan los nombres. Importan los arquetipos, que siempre retornan para siempre caer hasta que, algún día, tal vez aprendamos de la historia y el derecho comparados.

9.4. *El mito que "necesitamos un ejecutivo fuerte"*

Este es el mito más poderoso en el que se atrinchera el alma argentina cuando ya no tiene argumento alguno más que dar. En todo caso este argumento no lo demuestra. Es una curiosa autocontradicción: Ejecutivos fuertes es lo que nos sobra y ¿adónde nos han llevado? En el preciso momento en la historia en que los publicistas están de acuerdo en que el actual presidente es excesivamente fuerte, se sigue utilizando a favor de presidencialismo ¡que necesitamos un ejecutivo fuerte! ¡pues bien, lo tenemos, no hay motivo de lamentos por ese lado entonces!

En cualquier caso admitamos incluso el argumento y preguntémonos: ¿Acaso la democracia parlamentaria de Israel produce ejecutivos débiles? A veces sí,

[102] ELIADE, MIRCEA, *El mito del eterno retorno. Arquetipos y repetición,* Barcelona, Altaya, 1997, p. 16.

[103] ELIADE, *op. cit.*, p. 15.

y entonces sobreactúan de fuertes. Si al pueblo no le gusta y no modifica su conducta, lo cambian por otro que tenga el grado justo de fortaleza que estimen necesario para enfrentar la guerra. Invadir Irak ¿necesitó ejecutivos fuertes? Sí, y allí estuvieron tanto Bush como Blair. ¿Retomar las Malvinas necesitó un ejecutivo fuerte? Sí, y allí estuvo Thatcher[104] ¿Francia carece de ejecutivos fuertes? ¿Alemania? ¿Japón? ¿Canadá? ¿Australia? Podemos seguir *ad nauseam*. No nos engañemos más con nuestros propios mitos.

El problema no es Él ni Ella. El problema somos Nosotros.

[104] En otras palabras, la primera ministra parlamentaria británica fue más fuerte que nuestro dictador militar. ¿Qué sistema es preferible entonces?

Capítulo XIII

CONFIRMADO: ¡EXISTEN NEGOCIOS EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA![1]

Por Orlando D. Pulvirenti

En el colectivo imaginario, todos suponemos que existen "negocios" en la Administración Pública, entendiéndose como tales a ámbitos reservados y exclusivos de actuar, por cierto no muy regularmente, de algunos funcionarios. Ahora, confirmar literalmente que los mismos existen en bienes del dominio del Estado, de los que da cuenta el fallo judicial aquí citado, no deja de ser algo que merece se le otorgue al menos, el breve espacio de estos comentarios.[2]

Es que en el fondo, dada la claridad de lo cuestionado y decidido en autos, la resolución per se no ameritaría nota alguna. En efecto, que un bien del dominio estadual no puede y no debería ser acordado a un particular sin procedimiento selectivo alguno y/o que no debe ser explotado o utilizado de cualquier manera y sin cumplirse regla de ningún tipo, es por todos conocido. Sin embargo, siendo que en la Argentina lo obvio se ha convertido en una extrañeza, no podemos dejar de dedicar algunos párrafos respecto de la paradójica confirmación de la que da cuenta este singular fallo.

El aspecto más destacado de esta decisión que revoca la medida cautelar dictada por el juez de grado en favor del titular de un negocio de comidas ubicado nada más y nada menos que en el edificio de la Procuración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que gozaba para ocupar dicho espacio, de una mera autorización "verbal," es el voto del doctor Centanaro. Ello así, en cuanto confirma que en la administración en todos los niveles de organización del Estado Federal, se acuerdan en comodato —entre otros contratos—, muchas veces gratuitos, bie-

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2007-B, 477.

[2] No puedo dejar de mencionar que la confirmación no me causa menos impresión que al personaje del cuento de Roberto Fontanarrosa que descubre que efectivamente hay un funcionario norteamericano especializado en destruir a la Argentina, dando así asidero al imaginario colectivo sobre la existencia de una conspiración permanente en contra del país. (Fontanarrosa, Roberto, *Ud. no me lo va a creer*, Rosario, La Flor, 2003.)

nes del dominio público —y agregaremos del dominio privado también— sobre bases desigualitarias o lisa y llanamente arbitrarias. Esta aseveración —que compartimos— deja planteado en forma explícita e implícita dos problemas: 1) La discrecionalidad, que se convierte y en el mejor de los casos, ante la falta de criterios de selección objetivo y parámetros normativos adecuados, en discriminación al momento de acceder y acordar usos de bienes del dominio del Estado; y 2) simultáneamente y en paralelo, la manifiesta negligencia de los mismos funcionarios encargados de velar por esos bienes, respecto de la custodia que de ellos hacen, sin que normalmente dicho actuar acarree determinación de responsabilidades personales.[3]

Vayamos a la primera cuestión que indica Centanaro y sus palabras son aquí crudas: Habla de entrega discrecional[4] por un lado de estos bienes, y por otro, que la misma se concreta tanto en favor de aquellos ciudadanos que no están en la función pública, como de aquellos que sí revisten en la misma. En este último caso, lo denunciado es particularmente grave. No podemos dejar de leer entre líneas, la clara sospecha de que algunos se benefician de su posición, contactos o relaciones para obtener el permiso de uso o explotación de bienes del dominio estatal; circunstancia que independientemente de la eventual comisión de hechos delictivos o violación de elementales normas de ética pública, tiene como consecuencia lógica la exclusión de goce y uso de todos los demás habitantes. (Caso de los bienes del dominio público.)

Pero también puede fácilmente deducirse de este colofón, otro tema que no deja de ser preocupante: El alto grado de "negligencia" —por referirlo jurídicamente de alguna manera— que muestran los funcionarios encargados de velar por bienes del dominio del Estado respecto de la ocupación y uso que de ellos se efectúa.[5] Veamos; si se desmantelan o dañan instalaciones y bienes del dominio estadual

[3] Sobre la importancia de sancionar al funcionario que incurre en errores o actos dolosos, se ha dicho: "Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuario, administrados y consumidores (y por ende genera no sólo responsabilidad económica, sino social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso." GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del consumidor*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., secc. V. cap. XIX, p. XIX- l.

[4] Por cierto, es sabido, tal como reiteran diversos fallos y la doctrina, "que el uso o la explotación exclusiva de un bien de dominio público por parte de un particular se encuentra en principio prohibida, y sólo puede accederse a ella mediante la concesión de un permiso precario otorgado por la administración en uso de facultades discrecionales," C.A. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., Sala 1, Expte. Nº 7929/0, *Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*, julio 13 de 2006, Sentencia Nº 70; sin embargo, ello no puede implicar discrecionalidad respecto del criterio de selección de a quién se entrega un bien, que en principio es de todos. Ver MARIENHOFF, MIGUEL S., *Permiso especial de uso de bienes del dominio público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 35.

[5] Acerca de la ocupación de tierras estaduales en el barrio Limay, oportunamente dijo el entonces intendente de Neuquén que "la ocupación no otorga derechos, lo único que otorga derechos es el título de compra-venta, o de comodato; pareciera que en Neuquén este tipo de hechos es una cuestión absolutamente normal y se toma como de pleno derecho el tema de la ocupación." http://www.muninqn.gov.ar/prensa/boletines/2002/07/2002-07-11.html

acordado a empresas concesionadas y/o permisionarios, y/o lisa y llanamente no se vela por el patrimonio acordado[6] a los mismos, ninguna sanción se observa, antes bien a estar gran parte de las renegociaciones en curso, será de suponer que se habrán de extender los términos existentes. Y qué decir de la instalación de todo tipo de viviendas precarias en parques públicos, plazas, etc.; o no ya a la vera de las vías del ferrocarril, sino casi, casi, sobre las mismas, ¿no correspondería que el encargado de su custodia adoptara las medidas necesarias para evitar tal ilegal ocupación? Si las plazas se convierten en casas para necesitados,[7] o en un depósito de personas, con la agravante de ser muchas de ellas céntricas, ¿no correspondería que los órganos de un Estado que se vanagloria de sus éxitos fiscales y superávit, asista esas necesidades y educadamente y democráticamente, hacer lo necesario para que el uso de esas plazas sea para todos, incluidos prioritariamente los niños? Si las calles son espacio de venta ambulatoria[8] no autorizada y en permanente disputa con comercios establecidos y que pagan sus impuestos, ¿qué hacer con los códigos contravencionales aunque algunos artículos del Código Penal? Ello máxime, cuando en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la propia jurisprudencia ha avalado plenamente las facultades de tutela administrativa de dichos espacios.[9] Sé que estos párrafos, pueden ser mal interpretados de acuerdo a los fáciles ejercicios de atribuir categorizaciones ideológicas propias tan sólo de la Argentina; pero estimo que deberíamos asumir el riesgo de cargar con motes y no, el de no ejercer la ciudadanía, dejando de ser indiferentes con el cumplir o no cumplir con las normas y mucho menos con la circunstancia de que funcionarios que asumen la representación de lo colectivo, lo cedan arbitrariamente por acción o inacción, al que logra una ventaja sobre los demás, sea por "negociar" o por "apretar." Al fin y al cabo, el propio carácter

[6] Ver Resolución Nº 109/06 de la Auditoría General de la Nación, respecto de concesiones ferroviarias.

[7] Da cuenta tangencialmente de esta cuestión la Editorial del Diario Clarín del día 11 de noviembre de 2006, al referirse a la separación de basura donde se menciona que "Una etapa de la actividad, como es el agrupamiento y distribución de basura, se ha establecido en numerosos parques y plazas. Suplementariamente, muchos cartoneros utilizan el espacio para pernoctar e incluso para montar casillas y depósitos de los elementos que utilizan en su trabajo. Esto ha contribuido al deterioro de esos espacios públicos, ya castigados por falta de mantenimiento y mal uso de quienes los visitan. El problema afecta incluso a plazas de gran significación y exposición al turismo, como es el caso de la Plaza Lavalle, frente al Teatro Colón," en http://www.clarin.com/diario/2006/11/20/opinion/o-01801.htm

[8] Editorial del Diario Clarín del 14 de diciembre de 2006, Venta Ambulatoria, en http://www.clarin.com/diario/2006/12/14/opinion/o-03002.htm

[9] "Cuando la Ciudad de Buenos Aires pretende proteger bienes de dominio público, el ordenamiento de aplicación —Art. 12 Ley de Procedimiento Administrativo— la faculta para, entre otras medidas, proceder a su desocupación administrativa sin necesidad de requerir intervención judicial. Más aún si, como ocurre en el caso del predio "Mercado de Pulgas" (Decreto Nº 1630/05), sus actuales ocupantes no han invocado y, menos aún, acreditado la existencia de autorización o permiso alguno que los autorice a ocupar el predio," C.A. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala 1, Expte. Nº 18536/0, *Acayra y otros c/GCBA s/Amparo*, abril 7 de 2006, Sentencia Nº 45.

público de esos espacios, requiere garantizar un acceso igualitario y pacífico de todos para utilizar el bien conforme a su naturaleza.

El fallo en consecuencia, más allá de confirmar la existencia de negocios en la administración, desnuda un grave problema y tiene un gran mérito: Decide lo que no cabría otra manera de decidir; y eso, en la Argentina, ya es de por sí una enorme novedad que debe ser saludada.

Capítulo XIV

LA PUBLICIDAD DE LAS NORMAS A TRAVÉS DE INTERNET COMO ESTÁNDAR MÍNIMO PARA QUE SEAN EXIGIBLES

Por Agustín García Sanz

Sumario

2. Publicación y publicidad 250
2.1. El problema subyacente 250
2.2. Lo que dicen las palabras 251
2.3. ¿Cómo operan los incentivos para la primera publicación de la norma o acto de alcance general? 251
2.4. ¿Cómo operan los incentivos para la publicidad posterior? 252
2.5. La publicidad sólo tiene sentido como un estándar de tracto sucesivo 253
3. La insuficiencia progresiva e inevitable de los medios tradicionales de publicación inicial de la norma o acto de alcance general 255
3.1. La publicación en cartelera 255
3.2. El boletín impreso 256
3.3. La publicación en diarios 257
3.4. La falta lisa y llana de publicación 258
3.5. La falta de actualización 258
4. La insuficiencia de los medios utilizados para dar publicidad a las normas una vez publicadas por primera vez 259
4.1. El pedido personal 260
4.2. El pedido por nota 261
4.3. El pedido por fax 261
4.4. El pedido por correo electrónico 261
4.5. La consulta en bibliotecas públicas, hemerotecas o archivos 262
4.6. Denominadores comunes 262

5. Internet como medio de publicación y publicidad: El surgimiento de un nuevo estándar 262
6. El caso de la Provincia de Buenos Aires 267
6.1. Municipios que cuentan con sitios de Internet 268
6.2. La Carta Orgánica 268
6.3. Ordenanzas principales del municipio 269
6.4. Buscadores de normas en el sitio oficial 269
7. Cómo llegamos al presente 270
8. Conclusiones 272

Capítulo XIV

LA PUBLICIDAD DE LAS NORMAS A TRAVÉS DE INTERNET COMO ESTÁNDAR MÍNIMO PARA QUE SEAN EXIGIBLES[1]

Por Agustín A. M. García Sanz

"A fundamental rule in technology says that whatever can be done will be done."[2]
Andrew Grove[3]

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ordenado a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable organizar "un sistema de información pública digital vía Internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible" refleje toda la información concerniente al desarrollo de las medidas impuestas en torno del saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. Por si quedaban dudas, estableció que "[e]l incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la autoridad de cuenca," en ese caso, el Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

Hace no tanto, la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal hizo lo propio al intimar al Senado de la Nación a publicar en Internet todos los decretos de su presidencia que rigen el funcionamiento interno del cuerpo, incluida su administración.[4]

[1] Publicado originalmente en *RPA*, 2008-3, Buenos Aires, RAP, pp. 55-79.

[2] "Una regla fundamental de la tecnología dice que cualquier cosa que puede ser hecha, será hecha."

[3] Ex Presidente y CEO de *Intel Corporation*.

[4] CNFed. CA, Sala III, *Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro v. Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/amparo ley 16.986*, 27-V-05, con nota de Bruno dos Santos, Marcelo y Fernández Lamela, Pablo, "Acceso a la información y participación pública," *JA*, *Suplemento de Derecho Administrativo*, 6-IX-06; también anotado por Lavalle Cobo, Dolores, "Un nuevo avance jurisprudencial en derecho de acceso a la información pública," *LL*, 2005-D, 847. En sentido concordante, ver de la misma Sala *CPACF v. EN*, sentencia del 27-II-04, y *Fundación Poder*

Los máximos tribunales federales a cargo del control judicial de la administración y del Poder Legislativo ya han exigido el uso de Internet cuando han querido garantizar un acceso generalizado, eficiente, eficaz y sin intermediación a las normas y a la información relativa a las acciones (u omisiones) del Estado. Otro tanto han hecho tribunales de las distintas jurisdicciones del país. No han acudido a los diarios, no han insistido en el Boletín Oficial, mucho menos han confiado en el acceso al expediente: Internet ha sido la herramienta elegida para garantizar a las personas el acceso irrestricto a la información requerida.

En este contexto, me pregunto si no ha llegado la hora de dar un paso más en la lenta evolución de los medios utilizados para publicar y dar publicidad posterior a las normas emitidas por los poderes constituidos en los distintos niveles de gobierno. No ya como un sistema alternativo, optativo, muchas veces secundario. Hablo de instituir la publicación y posterior publicidad generalizada a través de Internet como estándar ineludible para la vigencia y exigibilidad futura de las normas. Adelanto, desde ya, mi respuesta positiva.

2. *Publicación y publicidad*

2.1. *El problema subyacente*

Rara es la tarea de los abogados en la Argentina. Se nos exige un conocimiento de las normas[5] vigentes por encima de la ya amplia presunción que impone el artículo 20 del Código Civil[6] a los ciudadanos de a pie, categoría de la que no hemos dejado de formar parte.

Pero cuál no será nuestra desazón cuando nos encontramos con que aquellas normas que estamos obligados a conocer en el plano nacional, provincial o municipal, y que deberían ser públicos por imperativo constitucional, terminan siendo un secreto guardado bajo siete llaves en protección de intereses no siempre alineados con la transparencia o la probidad.

¿Cómo es posible, en ese contexto, resolver la evidente tensión entre los artículos 2 y 20 del Código Civil?[7] Es que si la ignorancia de la norma no es excusa para

Ciudadano v. EN. Presidencia Provisional del Honorable Senado s/amparo ley 16.986, sentencia del 29-XI-04, con interesante nota de SCHEIBLER, GUILLERMO, "Acceso a la información en manos del Estado: el pueblo [debe poder] saber de qué se trata," *RAP*, 325, pp. 111 y ss.

[5] En este trabajo usaré el término "normas" para referirme a los actos de contenido normativo dictados por los departamentos deliberativos de los distintos niveles de gobierno, en ejercicio de funciones materialmente legislativas.

[6] Art. 20: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley." En igual sentido, el art. 923 del Código Civil establece que "[l]a ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos." En el orden federal, el art. 6° del decreto 659/47 establece que "[l]os documentos que se inserten en el Boletín Oficial de la República Argentina, serán tenidos por auténticos y obligatorios por el efecto de esa publicación, y, por comunicados y suficientemente circulados dentro de todo el territorio nacional."

[7] Art. 2°: "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su

su incumplimiento y ellas no son obligatorias sino hasta su publicación, cuesta imaginar en qué posición quedan las personas ante quien ni publica ni permite conocer aquello que de todos modos les será exigido so pena de imposición de multas, apremios o penas. La respuesta a esta pregunta nos aleja del Estado de Derecho.

2.2. *Lo que dicen las palabras*

Resulta evidente que de una certera definición del estándar de *publicidad* y de la adopción de los medios de *publicación* aptos para darle verdadero contenido dependerá, en gran medida, la posibilidad de que las personas sujetas al poder estatal conozcan el alcance de sus obligaciones y el límite a sus libertades. Pero ¿cuál es el punto de partida? ¿Qué significa cada uno de estos términos y qué conclusiones pueden desprenderse de ello?

Mientras "*publicación*" es la *acción y efecto de publicar*,[8] la "*publicidad*" es la *cualidad o estado de público* de las cosas o de los hechos o el *conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos*.

A partir de estas definiciones, es posible trazar una primera línea divisoria entre la *publicidad* y la *publicación*. La publicación es un acto que se agota en sí mismo; la *publicidad*, por el contrario, aparece identificada con un estado o con los medios a través de los cuales se logra ese estado.

Pero ese *status* con el que se identifica la publicidad de determinado hecho o cosa es esencialmente dinámico y depende de las herramientas que se usan para mantener esa publicidad. Esta cualidad puede estar presente en el momento instantáneo de la publicación, pero perderse inmediatamente después. *La publicidad es, temporalmente hablando, mucho más que la publicación.*

2.3. *¿Cómo operan los incentivos para la primera publicación de la norma o acto de alcance general?*

Bajo el derecho argentino la norma no se encuentra vigente ni es obligatoria para quienes son sus destinatarios actuales o futuros hasta tanto ella no sea publicada por primera vez en los modos y por los tiempos previstos por el ordenamiento jurídico. Otro tanto ocurre con los actos de alcance general, los que, según los distintos ordenamientos deben ser publicados para obtener la preciada vigencia.

En este contexto, la falta de publicación inicial impacta en forma primaria en la acción de gobierno que pretenden llevar adelante los funcionarios estatales, entendida ésta en un sentido amplio.[9] Impacta, sin dudas, en los posibles benefi-

publicación oficial." Art. 20: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley."

[8] Ver en www.rae.es

[9] Comprensivo de las tareas a cargo de los funcionarios del departamento ejecutivo, pero también de la acción que, dentro de su competencia constitucional o legal, desarrollan los demás poderes del Estado y los órganos extra poder.

ciarios de esa acción, puesto que las políticas que se procuran poner en marcha a partir del dictado de la norma o acto (y no abro aquí juicio de valor respecto de su contenido) dependen de su primera aparición en público a través de los medios previstos a tal efecto, si es que tal previsión existe, para entrar en vigor. Impactará, también, en quienes hubieran resultado afectados negativamente por la norma si ella hubiera entrado en vigor.

Así es que vemos que los funcionarios (electos o políticamente designados) son interesados primarios en publicar por primera vez las normas y los actos de alcance general, al menos en la gran mayoría de los casos.[10] Pero es igualmente claro que, a diferencia de lo que sucede con los demás potenciales afectados por la falta de vigencia de la norma o acto de que se trate, los funcionarios estatales tienen en su poder las herramientas para concretar esa publicación. En este marco, no puede llamar la atención que, cuando efectivamente esa publicación es exigida como condición de existencia, los funcionarios cumplan o hagan cumplir puntualmente los rituales de la publicidad inicial.

Haré aquí una salvedad. Ese incentivo inicial para concretar la publicación que dará vida a la norma o acto tendrá su límite en la exacta medida de la necesidad del funcionario. Si se tratara de dar a conocer una norma que generará beneficios con fuerte impacto político, lo más probable es que ella sea publicada en forma completa y por todos los medios al alcance del departamento de gobierno de que se trate. Si, por el contrario, se tratara de la aprobación de pliegos de una licitación cuya publicidad no está entre las prioridades del funcionario, estaremos mucho más cerca de encontrarnos no ya ante las fronteras del concepto de publicidad (mucho más abarcador), sino del menos ambicioso de la publicación. Así, podemos encontrar —y de hecho encontramos— decretos de dos artículos, el primero de los cuales aprueba un anexo no publicado, mientras que el segundo es meramente de forma. Se logra tramposamente la vigencia; se burla la publicidad.

2.4. *¿Cómo operan los incentivos para la publicidad posterior?*

Satisfecho el impulso para dar publicidad inicial a través de una primera publicación, los órganos del Estado pasan a un segundo plano en cuanto se refiere a los incentivos para mantener la publicidad de la norma o acto. Es que el efecto buscado, es decir, obtener la vigencia del precepto en cuestión, ya se ha logrado.

Ahora que la norma o el acto están vigentes, entramos en el terreno de las presunciones. Bajo el derecho argentino se presume, por un lado, el conocimiento de las normas una vez satisfecha la publicación inicial y, por el otro, que su desconocimiento no puede servir de excusa o atenuante frente a los efectos del

[10] Si bien en nuestro país es común (tal vez demasiado) la identidad política entre el titular del ejecutivo y la mayoría o primera minoría del departamento deliberativo, puede ocurrir que ello no ocurra. En un contexto como éste, y siempre pensando en los casos de leyes u ordenanzas, podrían trastocarse los incentivos para la publicación inicial que gatilla la vigencia de las normas.

dispositivo legal. Es fácil ver cuán rápido han cambiado los incentivos: Son ahora los sujetos potencialmente alcanzados por el ámbito de aplicación de la norma los principales interesados en conocer su contenido. Ello porque, de no poder acceder a él, o bien perderán los beneficios que pudieran derivar de la norma o acto, o bien estarán indefensos ante la posibilidad de ser tenidos por incumplidores de un régimen que no conocían, sin que sirva la ignorancia de excusa. En cualquier caso, lo que está claro es que no son ya los órganos del Estado los interesados primarios en mantener la publicidad en el tiempo, rol protagónico que únicamente tenían al momento de buscar la publicación inicial.

Esta falta de interés puede convertirse rápidamente en desincentivo cuando el funcionario ha dado aplicación a las normas en cuestión y busca evitar —aun convencido de actuar en pos de un interés superior— las defensas que bajo el régimen legal pudieran oponer los destinatarios de esos actos particulares de aplicación. Naturalmente, tanto más fuerte es el incentivo para mantener ocultas las normas cuando de lo que se trata es de impedir, lisa y llanamente, el goce de derechos o de imponer obligaciones o penas sin respetar los principios de legalidad y del debido proceso en su doble faz sustantiva y adjetiva, supuesto que nuestra historia pasada y reciente no permite descartar.

Más de un lector se alarmará ante esta sombría caracterización de la gestión pública. Seguramente ello ocurra desde el convencimiento de que el Estado y sus funcionarios deben actuar *por definición* en pos del bien común, estándar que no se vería satisfecho por la deliberada omisión de dar publicidad inicial y permanente a las normas y a los actos de alcance general. Parcialmente le daré la razón a quien esboce esta crítica, ya que la caracterización que acabo de hacer no puede sino admitir matices.

Siempre existieron y existirán funcionarios políticos y de línea que bregarán con honestidad por un ejercicio de la función pública respetuoso de la Constitución y de las personas destinatarias de la acción de gobierno. Pero los sistemas constitucionales se crearon para poner límites ante el desvío y el abuso del poder; para evitar que las razones personales se conviertan en razones de Estado; para que la arbitrariedad no reemplace al debido proceso. La Constitución se pone a prueba frente al vicio, no frente a la virtud. Y las experiencias con las que nos nutrimos en la práctica cotidiana, sea como abogados, como jueces, como funcionarios, o —desde ya— como simples habitantes de este país, ponen en evidencia las formas en las que el vicio se hace patente a la hora de cumplir con la obligación de dar publicidad a las normas y a los actos de alcance general. En este contexto, negar los vicios es negar la solución.

2.5. *La publicidad sólo tiene sentido como un estándar de tracto sucesivo*

La publicidad, cuando se trata de dar a conocer normas y actos de alcance general como condición de existencia y exigibilidad, no puede ni debe limitarse al acto

instantáneo de la primera publicación. Aceptar este estado de cosas sólo serviría para satisfacer la necesidad primordial de los funcionarios a cargo de la gestión de gobierno, pero de ningún modo bastaría para satisfacer la necesidad posterior de las personas de tener acceso a las normas que rigen —o pueden regir— su vida cotidiana.

En esta línea de razonamiento, entiendo a la publicidad como un estándar de tracto sucesivo[11] que no se agota en la formalidad de esa publicación instantánea, sino que debe ampliarse necesariamente al modo en que ese medio permite, eficaz y eficientemente, hacer que esa publicación inicial no sea la única vez que la norma vea la luz pública para su consulta. (*Publicidad*.)

Así, la *publicidad* de los actos de contenido normativo se satisface únicamente a través de medios que permitan determinar con total precisión el momento inicial de publicación (y, con ello, de vigencia inicial de la norma), pero que permitan —también y principalmente— un acceso posterior ágil, ilimitado, sin retaceo de información, gratuito y permanente a lo largo del tiempo, ya que de otro modo debe ceder la presunción de conocimiento impuesta por el Código Civil y por distintas normas de todo rango. Sólo desde esta perspectiva se alinearían los incentivos para que los funcionarios públicos, aun los más probos y abnegados, tengan igual interés en obtener la publicación inicial del acto o norma que en seleccionar el medio más idóneo para concretarla y para que ese acto o norma se mantenga permanentemente al alcance de todos para su consulta.

Con este prisma evaluaré, en los capítulos siguientes, las distintas formas en las que los actos y las normas se hacen públicos por primera vez (publicación) y son —si es que esto ocurre— mantenidos al alcance de quien quiera consultarlos (publicidad) en los días posteriores.

[11] Como bien señala NINO, "el derecho a recabar información sobre asuntos estatales tiene, con relación al tipo de obligación estatal, tres facetas: a) la obligación por parte del Estado de producir cierta información, b) la obligación de publicarla a través de medios masivos y c) la obligación de ponerla a disposición de los particulares." (NINO, EZEQUIEL, "El derecho a recibir información pública —y su creciente trascendencia— como derecho individual y de incidencia colectiva," *SJA*, 21-VI-06 y *JA* 2006-II-1231.) En igual sentido, ver SCHEIBLER, "Acceso a la información…," *op. cit.*, p. 117 y BASTERRA, *El Derecho Fundamental…*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

PULVIRENTI ha dicho con acierto, refiriéndose al nivel municipal, pero con aplicación a todos los niveles de gobierno, que "en la medida en que no existe un acceso rápido del vecino al conocimiento de la legislación comunal vigente, se afectan postulados democráticos, se atenta contra el conocimiento del derecho e inclusive contra el control de la actividad de nuestros representantes, se debilita el vínculo entre el gobierno municipal y la población destinataria de la norma y en consecuencia, se agrega una causa más que favorece la típica inclinación nacional por el incumplimiento de la ley." (PULVIRENTI, ORLANDO, "Ordenando ordenanzas: «haciendo nuestros municipios mas democráticos»," *Poder Local*, 14-XII-06.)

3. *La insuficiencia progresiva e inevitable de los medios tradicionales de publicación inicial de la norma o acto de alcance general*

Hecha esta breve introducción conceptual, veamos sintéticamente las formas en las que los gobiernos[12] se conducen a partir de la exigencia de dar publicidad a las normas y a los actos de alcance general destintados a reglar la vida en comunidad. El análisis crítico de las vías utilizadas nos mostrará a un Estado más consustanciado con la idea de concretar la *publicación inicial* que con aquella otra de garantizar la *adecuada publicidad* posterior.

3.1. *La publicación en cartelera*

Podemos preguntarnos si en estos tiempos alcanza con la publicación de las normas en cartelera. Empezaré por decir que es en extremo difícil de comprobar en juicio (a favor o en contra) la publicación de un acto o norma por esta vía. Es que, aun habiendo existido efectivamente la publicación, sólo la constatación de un escribano o la presencia de testigos podrían servir adecuadamente para dar fe de la exhibición en cartelera.

Podrá argumentar quien no comparta mi escepticismo sobre las bondades de este mecanismo que la identificación de la fecha de publicación en el expediente en el que tramitó el acto publicado, debidamente firmada por funcionario competente, es suficiente para tener por acreditada la publicación. No es nuevo el debate en torno de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, mucho menos el referido a su condición de *documento público*.[13] En este contexto, hay quienes se sienten suficientemente cómodos afirmando que, si el funcionario ha indicado la fecha de publicación en el expediente, eso es lo que ocurrió, salvo prueba en contrario. Lo cierto es que lo escrito por un empleado o funcionario del mismo Estado que pueda finalmente buscar —por ejemplo— recaudar o sancionar en función de la norma así publicada no puede ser oponible lisa y llanamente a las personas; mucho menos puede exigirse la prueba diabólica de su falsedad.

Pero aun si tomáramos por bueno el mecanismo para la publicación inicial del acto o norma que, en los términos del Código Civil, la torna exigible, seguiría pendiente verificar el destino de la pieza adherida a la cartelera el día inmediato posterior a que termine el período de "publicación." Es que el acto o la norma se tornan eficaces al cumplir con la formalidad, pero son sin dudas exigibles desde esa fecha y hasta que otro acto o norma los deroguen.[14] En este contexto, si el

[12] Entendidos como la suma de los poderes constituidos en cada jurisdicción.

[13] Ver, por ejemplo, Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El Acto Administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. VII, § 6, pp. VII-10 y ss. Allí se sostiene que "[e]s muy discutible que los documentos emanados de cualquier funcionario tengan el carácter de instrumentos públicos; la jurisprudencia lo ha negado en reiteradas oportunidades. En nuestro concepto, ese carácter no surge del Código Civil, ni puede tampoco extraerse de principios teóricos subjetivamente postulados, sin fundamento normativo alguno." (p. VII-17.)

[14] Salvo los supuestos en los que la propia norma o acto fijan una vigencia temporal acotada.

destino de esa copia "publicada" fuera el cesto de papeles o un registro desorganizado y caótico o, peor todavía, un registro inexpugnable para el transeúnte que quiera saber qué normas rigen su caminata, no podremos dar por satisfecho el estándar constitucional estudiado.

En conclusión, parece razonable sostener que las normas y los actos de alcance general "publicados" a través de carteleras no pueden ser tenidos por verdaderamente publicados en los términos que exigen la Constitución y el Código Civil, entendidos éstos con una mirada desde el Siglo XXI y no ya desde el Siglo XIX. No pueden serlo para el momento de la publicación original y, casi con certeza (aunque dependiendo de los formatos de sistematización y consulta pública), tampoco para su vida posterior.

3.2. *El boletín impreso*

Tal vez pueda alguien sostener que la existencia de un boletín en papel, tal como ocurre en el plano nacional y en varias provincias, alcanza a estos efectos. Podemos ser incluso más laxos en el caso de los municipios y preguntarnos si podría este boletín —por imaginar tan sólo una alternativa— ser reemplazado por una publicación periódica impresa de común acuerdo por varios gobiernos comunales de una misma región para morigerar el impacto presupuestario en cada jurisdicción. Todo indica que esta segunda alternativa sólo requeriría de voluntad política y de unos pocos pesos. Pues la voluntad política no abunda en esta materia: Todos sabemos que este tipo de publicación, debidamente difundida y permanentemente accesible en sus registros y archivos, no existe en la inmensa mayoría de los casos.

Pero eso no invalida la herramienta en sí, siempre y cuando —y éste es el dato central— se mantengan sistemáticamente archivadas copias de las ediciones del boletín de modo tal que todo interesado, sin siquiera acreditar personería o motivo, pueda abocarse a la lectura de las normas vigentes y de aquéllas derogadas. El Boletín Oficial de la Nación y el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, adecuadamente complementados por la publicación en Internet a través de sitios bien desarrollados, constituyen algunos de los ejemplos exitosos en esta materia, que no abundan.

En efecto, en el resto de los casos, y ciertamente en la mayoría absoluta si tomamos el plano municipal, nos toparemos con un segundo problema: Aun si existe el registro sistematizado de los boletines impresos, dependeremos del horario de atención al público de la dependencia y de la posibilidad y voluntad de atender de quien allí trabaje.

A todo esto, debemos sumar que la opción impresa requiere de un nivel de gasto por unidad directamente asociado a la cantidad de ejemplares que se pretendan distribuir. Del mismo modo, presenta una limitación prácticamente infranqueable: La imposibilidad de brindar un ágil acceso remoto. Quienes vivimos en la Ciudad

de Buenos Aires podemos tener —a veces, no siempre— la suerte de acceder a algunos boletines provinciales o municipales en las Casas de Provincia; quienes viven fuera de ella ni siquiera tienen ese privilegio.

La obligatoriedad de las normas municipales, provinciales o nacionales no sólo alcanza a los residentes de esas jurisdicciones. Alcanza, también, a quienes pudieran desarrollar actividades en distintas partes del país o, incluso, del exterior. En este contexto, la distancia, de la mano de la falta de sistematización, se transforma en una barrera de acceso. Se produce, así, un efecto disuasivo, derivado del desincentivo que la falta de acceso remoto impone a quienes pudieran tener interés en analizar la radicación de su vivienda, su comercio o empresa.

Vemos, entonces, que esta opción impresa, superadora de la cartelera, por cierto, sigue sin responder enteramente a las necesidades que la publicidad impone en el tiempo presente.

3.3. *La publicación en diarios*

Otra alternativa, utilizada a menudo en el plano municipal, aunque con menor presencia en los niveles provinciales y en el nacional, es la publicación a través de diarios periódicos de circulación local, regional o nacional.

Ciertamente, es un medio alternativo al boletín municipal, que puede lograr el objetivo de dar a conocer las normas y los actos de alcance general en el ámbito de circulación del periódico de que se trate. Quienes viven y trabajan en el interior del país bien saben que el diario de circulación local es lectura prácticamente obligada, sin perjuicio del acceso a los diarios de circulación nacional.

Pero la publicación por esta vía no escapa a los problemas ya planteados al analizar la publicación por medio de boletines impresos: Seguirá haciendo falta una hemeroteca, o un archivo o una biblioteca en los que puedan ser consultados los ejemplares del diario en los que se hayan publicado normas o actos.[15] Seguirá existiendo una limitación importante de acceso para quienes quieran acceder a la información en forma remota, sea desde lugares alejados dentro de la misma jurisdicción, sea desde cualquier otra parte del país o del mundo.

En este caso, se suma —además— la necesidad imperiosa de contar con un sistema que permita identificar eficazmente los días en los que tales instrumentos fueron publicados, ya que no se trataría de una publicación diaria y exclusivamente dedicada a la publicidad de los actos oficiales.

[15] Recomiendo especialmente leer el repaso que Estela Sacristán hace de la evolución, en el derecho norteamericano, de los órganos de publicación de normas y actos del Estado. (Ver Sacristán, Estela, "Acerca de los fundamentos constitucionales del derecho de acceso a la información en poder estatal," en prensa.)

3.4. *La falta lisa y llana de publicación*

Aunque parezca una verdad de *Perogrullo*, la falta total y absoluta de publicación de las normas y los actos locales es también un modo de actuar frente a la obligación que encuentra su base fundamental en el art. 1º de la Constitución Nacional.

Sea con fines espurios, sea por desidia, sea por simple ignorancia o por supuesta carencia de medios, la falta de publicación y posterior publicidad (es decir, tanto en el momento inicial que da vigencia a la norma cuanto en la vida posterior del instrumento), son realidades que se viven cotidianamente en nuestro país, en todos los niveles de gobierno.

Ni siquiera el Estado federal, más avanzado en materia de publicación y publicidad de normas y actos de todo tipo que el resto de los niveles de gobierno, termina de satisfacer el estándar. Actos publicados sin sus anexos,[16] emitidos sin número de registro ni firma y sin respetar el procedimiento establecido, forman parte de la vida cotidiana de quienes trabajamos en contacto con la administración. Vivimos tiempos en los que un sistema regulatorio aprobado por ley formal del Congreso puede ser dejado sin efecto —en los hechos— por una simple nota de un Subsecretario jamás publicada.

Ante este estado de cosas, la ausencia de publicación aparece como una de las respuestas más comunes, tal vez la más común de todas, al imperativo de la *publicidad republicana*. Y cuanto menos iluminado es el rincón de la actividad que por la norma se regula, mayores serán las chances de que la publicación y la publicidad nunca lleguen, o lo hagan en dosis insuficientes, todo ello en detrimento del debido proceso, de la transparencia y de la posibilidad real de control de la gestión de la cosa pública.

3.5. *La falta de actualización*

Otra de las formas de reacción ante el deber de publicidad inicial (publicación) es la falta de presentación de un texto actualizado según sus distintas reformas o enmiendas, situación que decididamente afectará la eficacia de la publicidad posterior.

Quienes trabajamos a diario en el seguimiento de asuntos afectados por sucesivas oleadas de regulación vivimos en carne propia los efectos no ya sólo de la falta de publicación, sino también de la falta de actualización de los textos según las continuas reformas a las que son sometidos. No hay mejor modo de confundir a quien pretende acercarse a las normas vigentes que superponer una tras otra

[16] En un fallo plenario la Cámara Nacional en lo Penal Económico resolvió que la falta de publicación en el Boletín Oficial de los anexos de la Resolución 63/83 de la Secretaría de Comercio que terminaban de delinear el tipo sancionatorio de las leyes 19.982 y 22.802 no era un obstáculo para su vigencia ni para la aplicación de las sanciones allí previstas. (Ver *Famax S. A.*, 27-XII-88, *LL*, 28-II-89.)

las modificaciones al texto original, sin generar una versión actualizada según esas reformas.

Si para llegar a conocer los contornos o el *quantum* de una eventual sanción administrativa es necesario desenmarañar cinco ordenanzas diferentes que han moldeado el tipo sancionatorio desde el principio de los tiempos, la ya forzada ficción del conocimiento de la norma antes de su aplicación se torna tan patente como en el caso de la falta de publicación lisa y llana.

No es verdad que para resolver esta cuestión deba el cuerpo legislativo o el poder administrador aprobar un texto ordenado en cada oportunidad. Bastan el sentido común y las herramientas adecuadas. Antes eran las versiones actualizadas a fuerza de tijera y plasticola;[17] hoy existen alternativas superadoras. Un ejemplo claro de cómo superar este escollo lo da el servicio prestado gratuitamente, en el plano federal, por *Infoleg*. No sólo se publican allí los textos de cada uno de los actos, sino que también se ofrece la opción de acceder a su texto actualizado, en el que se identifican las diferentes reformas introducidas por normas o actos posteriores.

Aun al analizar el momento de la publicidad inicial de un acto o norma, no parece admisible que el lector se encuentre impedido de acceder al texto final y actualizado del marco legal que ha sido modificado, si ese fuera el caso, sea cual fuere el medio de publicación elegido.

4. *La insuficiencia de los medios utilizados para dar publicidad a las normas una vez publicadas por primera vez*

Suponiendo una primera publicación acorde con el estándar que aquí estudiamos, cabe también analizar las distintas formas en que proceden los gobiernos ante la obligación de tracto sucesivo de *mantener publicada* la norma o acto de que se trate.

Es que si la publicación se limita a conquistar aquello que el Estado quiere lograr, es decir, establecer la obligatoriedad de la norma a través del cumplimiento de una mera formalidad, tampoco podemos dar por satisfecho el estándar constitucional. Admitir lo contrario sería tanto como abrazar una idea meramente ritualista de la *publicidad*, postura que no reconoce una sola raíz en la Constitución Nacional o en el derecho constitucional provincial.

En este contexto, es tan importante determinar la aptitud de los medios utilizados para la primera publicación como la de aquellos otros utilizados para *mantener publicado* el instrumento legal de que se trate. No podemos, al afrontar esta tarea, dejar que se nos confunda presentando el histórico medio de publicación,

[17] Tal parece que, finalmente, las ordenanzas y reglamentos no son "nunca fácilmente hallables. Sólo el funcionario que habrá de aplicárnoslo lo tiene, actualizado y «prolijo», un viejo texto con fotocopias adheridas en cada lugar para marcar las actualizaciones. Poseer un reglamento actualizado es la más de las veces ser titular de información privilegiada." (Gordillo, *Tratado*..., t. 1, *Parte general*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. VII, § 10.1, p. VII-18.)

el Boletín Oficial, cuya virtud se agota en el acto de publicación, con el cumplimiento de un estándar que debe crecer en sus exigencias conforme lo permiten los medios técnicos disponibles al efecto. Hablemos, entonces, de la *publicidad*.

4.1. *El pedido personal*

Tal vez sea el pedido personal el medio por el cual el lego imagina que más rápidamente pueda satisfacer su necesidad de consultar el texto de una norma en particular. Los hechos le demostrarían que no siempre es así.

El pedido personal, cara a cara con el funcionario a cargo del registro o despacho (en los casos en que tal cosa existe), es el que más abruptamente puede terminar con preguntas tan simples como trilladas que, por absurdas en el marco de la democracia, no encuentran fácil respuesta: *¿A quién representa? ¿Por qué tema es? ¿Hizo el pedido por escrito?*

Lo que debería ser uno de los medios más eficaces para conseguir copia de las normas se convierte, en más de una ocasión, en el comienzo de una odisea. En primer lugar, por las dificultades de acceso a la persona que "se ocupa del tema." Sea porque trabajan en horarios acotados y muchas veces inverosímiles; sea porque están ausentes; sea porque sencillamente están en otra oficina en ese momento, la primera de las pruebas que enfrenta quien busca una norma es encontrar a quien puede dársela.

Luego vienen los problemas propios de la *voluntad*. Porque, aunque uno encuentre a la persona encargada de darnos la copia que buscamos, resta todavía verificar si los astros están alineados de modo tal que esa persona quiera darnos acceso al preciado tesoro. No siempre ocurre, claro.

Tampoco podemos olvidarnos de los problemas materiales. Me ha pasado, y seguramente no soy la única víctima, tener que sentarme frente a la única copia existente de una ordenanza para copiarla a mano en un cuaderno, ya que no existían medios para hacer la copia *in situ*, mucho menos la voluntad de prestarme el expediente para hacer las copias fuera del edificio, aun contra entrega de credencial o documento. Recuerdo una visita a cierto municipio capitalino de una provincia del noroeste argentino en la que, grabador en mano y consciente de que no podría sacar copias (por falta de voluntad de los funcionarios del área), me aprestaba a dictar el contenido de la ordenanza para su posterior desgrabación. Para mi sorpresa, me informaron —so pena de quitarme el expediente— que "grabar estaba prohibido." De nada valieron mis invocaciones *alberdianas*. Debí conformarme con la tradición oral para informar al cliente, cual si hubiésemos vuelto a la época de los trovadores.

También está presente, aquí, la limitación del acceso remoto. Va de suyo que, para realizar un pedido en forma personal, debe uno estar *personalmente* frente a quien puede darnos una copia de la norma, lo que de por sí supone una barrera de acceso.

4.2. *El pedido por nota*

Desde ya, el pedido por nota es el paso que sigue cuando uno es despachado de la dependencia sin resultados positivos. Es decir, nadie, salvo que necesite una copia certificada o que haga un pedido a la distancia y no cuente con correo electrónico o fax, toma contacto con las normas pidiendo copia de ellas por nota. Es un medio ciertamente subsidiario.

Es que esta forma de solicitar las copias se torna, eminentemente, en un medio defensivo de acceder a las normas o actos, utilizado cuando lo que se desea, además del objetivo principal de conseguir la copia, es establecer con claridad la fecha en la que el pedido se realizó y en la que fue respondido. También sirve para probar la mora, claro está.

Ahora bien, dejemos de lado las hipótesis de falta de contestación deliberada, en las que nuevamente son la discrecionalidad y la falta de *voluntad* las contingencias preponderantes. Pensemos en el ejemplo exitoso en el que todo sucede según lo deseado. Al tiempo de envío de la nota (en caso de que sea a distancia) debe sumarse el tiempo que el funcionario y el correo insumen para que llegue la respuesta. Imaginará el lector que si la publicidad depende de que todo esto ocurra (si es que ocurre), no habrá cumplimiento del principio del que podamos ufanarnos.

4.3. *El pedido por fax*

Aunque para muchos el fax es una herramienta en retroceso, sigue siendo extensamente aceptado para diversos fines, entre ellos los de perfeccionar contratos a distancia, correr traslados e incluso notificar sentencias en sede arbitral. ¿Por qué no podría el fax ser un buen medio para conseguir copias de las normas o actos que uno busca? De hecho, lo ha sido en muchos casos.

Pero, una vez más, estamos ante un método que requiere una participación activa de parte de uno o más funcionarios al otro lado de la línea. No bastará hablar por teléfono para pedir la copia; no será suficiente contar con el aparato para que el envío se concrete. Será siempre necesario lograr que del otro lado alguien busque la norma en cuestión, la encuentre y la envíe. Se repiten, entonces, los problemas y contingencias ya analizados en los apartados anteriores.

4.4. *El pedido por correo electrónico*

El correo electrónico es, tal vez, uno de los métodos de envío remoto de información más aptos que se puedan imaginar. Con un costo muy bajo, inclusive gratis, puede una persona acceder a gran cantidad de información en tiempo real, merced a múltiples servidores de correo disponibles en el mercado, muchos de ellos con capacidad de almacenamiento ciertamente fascinante.

Podrá decirse, desde ya, que el correo electrónico impone una barrera para quienes no cuentan con computadora o no saben usarla. Esto es efectivamente cierto, aunque no es éste el problema principal que enfrenta esta herramienta a la hora de convertirse en el método por excelencia para el acceso a las normas y a los actos una vez que éstos fueron publicados por primera vez.

La principal barrera vuelve a ser, como ocurre en el pedido personal, por nota o por fax, la necesidad de encontrar una persona dispuesta a buscar la información, primero, y a enviarla, después.

4.5. *La consulta en bibliotecas públicas, hemerotecas o archivos*

En casos en los que existe publicación por vía de boletines o en los diarios locales, otro modo de consulta es acudir a archivos, hemerotecas o bibliotecas de acceso público.

La puesta en marcha de este tipo de mecanismos de publicidad es un paso adelante, sin dudas, respecto de opciones como la publicación en cartelera seguida de la lenta pero segura muerte en el expediente de tramitación del acto o norma en cuestión. No por ello está exenta de limitaciones.

La imposibilidad de acceso remoto es irresoluble para este tipo de servicios de consulta en espacios físicos habilitados al efecto, para los cuales deben comprometerse, ciertamente, recursos humanos y físicos con impacto presupuestario. Nos encontramos, también aquí, con la barrera común a todas las alternativas analizadas hasta ahora, es decir, la necesidad de contar con una persona dispuesta a satisfacer —aun de existir el archivo, la hemeroteca o la biblioteca habilitada a estos efectos— la consulta del caso.

4.6. *Denominadores comunes*

Discrecionalidad y dificultades insalvables para el acceso remoto. Estos son los principales problemas que enfrentan quienes confían la publicidad de las normas y los actos de alcance general a medios como los analizados en este capítulo. Demasiado caro el precio que se paga; demasiado barata la solución, como veremos en el capítulo siguiente.

5. *Internet como medio de publicación y publicidad: El surgimiento de un nuevo estándar*

Hemos visto cómo los medios actualmente utilizados para la publicación y posterior publicidad presentan diversos problemas desde el punto de vista operativo, presupuestario y, más importante que los anteriores, desde el punto de vista de las garantías que ofrecen a la hora de asegurar un acceso permanente, irrestricto y suficiente a las normas y a los actos de alcance general.

En este contexto, la búsqueda de *eficacia* (lograr la publicación y posterior publicidad, superando las barreras de acceso y el impacto de la discrecionalidad) y *eficiencia* (hacerlo de la manera más directa posible, involucrando la menor cantidad de recursos humanos y económicos) me lleva a preguntar —entonces— si puede un sistema de publicación y de posterior consulta *online*, es decir, a través de Internet, ser suficiente a fin de dar por cumplida la obligación de publicar y de mantener publicadas las normas y los actos de alcance general.

Los avances tecnológicos que vivimos a diario; el crecimiento constante del número de argentinos que acceden a Internet, sea desde su hogar, sea desde locutorios o *cyber cafés*; el exitoso caso de *Infoleg*[18] en el plano federal;[19] la implementación del doble formato del Boletín Oficial;[20] el importante paso que acaba de dar la Ciudad de Buenos Aires al disponer por ley que será su sitio web el medio oficial de publicación y publicidad de sus actos;[21] y algunas honrosas ex-

[18] Ver www.infoleg.gov.ar. Justo es reconocer que no sólo el sitio, sino también la importante biblioteca del Ministerio de Economía y Producción son ejemplos a seguir por reparticiones públicas de todo orden. Con todo, debe llamar la atención del lector que sea precisamente el Ministerio encargado de manejar la economía y, con ella, las inversiones, el que más preocupado aparezca por dar a conocer en forma ágil las normas vigentes e incluso las derogadas. Es que el desarrollo económico requiere previsibilidad, como condición básica para la radicación de inversiones. La previsibilidad exige, a su tiempo, que las normas que rigen y regirán la actividad sean conocidas. Debe ser una de las definiciones más evidentes y, al mismo tiempo, más ignoradas en nuestro país.

[19] También puede sumarse la iniciativa conocida como Sistema Informatizado de Archivos de Actos Administrativos Protocolizados (SIAAP), aprobado por Resolución mpfipys. Resta comprobar si, en los hechos, este buen paso regulatorio se traduce en resultados alineados con los estándares aquí analizados.

[20] El Boletín Oficial puede ser consultado, aunque con algunas limitaciones, a través de su página de Internet www.boletinoficial.gov.ar.

[21] En tres sencillos artículos, la ley 2.739 (B. O. 14-VII-08) ha dado un paso importantísimo en el camino que propongo recorrer en este artículo. El art. 1º establece el principio general: "La publicación del Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires en el sitio web del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la forma y condiciones y con las garantías que establecerá la reglamentación, tiene carácter oficial y auténtico, y produce iguales efectos jurídicos que su edición impresa." El art. 2º mantiene la vigencia del boletín impreso, dando lugar a un reemplazo paulatino, ciertamente conveniente: "Lo dispuesto en el artículo anterior no invalida la obligación por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de publicar el Boletín Oficial en formato impreso." El art. 3º, finalmente, resuelve el problema de la falta de publicación de los anexos de los actos y normas cuyo volumen impide su reproducción íntegra en la versión papel del boletín: "El Poder Ejecutivo garantiza la publicación, vía web, de todos los anexos correspondientes al Boletín Oficial a los efectos del cumplimiento del Artículo 1°." Un gran paso, ciertamente, en la medida en que sea fielmente cumplido por los órganos competentes.

(Ver el Sistema de Información Normativa de la Ciudad en www.buenosaires.gov.ar)

periencias municipales estudiadas[22] me ayudan a responder afirmativamente. La experiencia internacional también abona esta postura.[23]

Internet aparece, a esta altura, como una herramienta no ya recomendable sino imprescindible en la comunicación bidireccional del Estado con sus ciudadanos y con las personas que entran en contacto con él aun sin serlo. Se trata de un medio de publicación, sí, pero también de publicidad en tiempo real de normas y actos, puestos a disposición de cualquier persona, en cualquier parte del mundo, en forma actualizada, eficiente y eficaz. Internet zanja toda discusión en torno de la viabilidad fáctica o presupuestaria de contar con un boletín municipal, ni qué hablar provincial o nacional, sin por ello excluir los medios alternativos y complementarios que pudieran mantenerse concomitantemente.

Daré un ejemplo concreto de costos para no dejar librado el punto a confusión. Hace tiempo mantengo personalmente un dominio de Internet cuyo *hosting* (alojamiento en un servidor) me cuesta apenas $ 22 mensuales. Pagué para el diseño de una sencilla página, en la que puedo agregar documentos en forma igualmente ágil, no más de $ 500 a valores de hoy. Aun suponiendo que una página oficial pueda costar un poco más que lo que paga una persona del montón, lo cierto es que el costo de puesta en marcha y mantenimiento de un sitio de estas características es insignificante en términos presupuestarios.

No faltará quien argumente que, dando publicidad a las normas a través de una página oficial, se excluiría al porcentaje de la población que no cuenta con acceso a Internet, o siquiera a una computadora, en un país que está lejos de los estándares del primer mundo en penetración de este tipo de tecnologías.[24] Este argumento no puede prosperar. Hoy ni las ordenanzas, ni los actos de alcance general (ni siquiera las leyes) gozan de la publicidad requerida en los términos que vengo de definir. Me pregunto cómo podría un mayor grado de publicidad a

[22] Recientemente el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) y la Universidad de San Andrés han realizado, con el auspicio del Grupo Clarín y el apoyo de Vangent, un interesante estudio respecto de la calidad de los sitios de Internet ofrecidos por gobiernos locales de municipios de más de 50.000 habitantes. El relevamiento alcanzó a 115 de los más de 2000 municipios de la Argentina. Se trata de un estudio focalizado en aspectos cualitativos de las páginas que exceden el objeto de este análisis, aunque no por eso deja de ser revelador. Ver el informe en http://www.cippec.org/nuevo/biblioteca.php#

[23] Ejemplos en el plano nacional como ofrecen Estados Unidos (www.usa.gov); el Reino Unido (http://www.opsi.gov.uk/advanced-search/index.htm); Francia (www.legifrance.gouv.fr); España (www.boe.es); México (www.dof.gob.mx), por citar algunos ejemplos.

[24] De todos modos, Argentina se cuenta entre los países con mayor penetración y uso de Internet en la región. Según una encuesta realizada por *comScore International Markets*, Brasil tiene la mayor cantidad de usuarios, con 15,8 millones, es decir, el 11% de la población del país por encima de los 15 años; Chile, con el 45% de su población online, es el mercado con mayor penetración de Internet. Le siguen Puerto Rico con 26% y la Argentina, con un 24%. El promedio de los usuarios de Internet en la región pasan online 29 horas al mes, más de las 25 horas promedio globales. En este caso, la Argentina y Brasil lideran el ranking, con 32 horas al mes. En la Argentina es en donde se encuentran los usuarios más activos de la región, ya que acceden un promedio de 18 días por mes a Internet. Ver en http://www.comscore.com/press/release.asp?press=1531

través de un medio eficaz, ágil y barato ser desechado so color de que excluiría a quienes de todos modos están siendo excluidos en el presente.[25]

Es tiempo de buscar alternativas complementarias sin por eso demorar la instrumentación de aquello que hoy puede ser hecho a un costo razonable.[26] Bastaría una computadora y un empleado que imprima a pedido del particular aquello que está en el sitio *web* para morigerar la brecha entre quienes tienen acceso a Internet y quienes no lo tienen, dando por tierra con cualquier comparación que se quisiera hacer contra el sistema de consulta personal o en bibliotecas. Sería, en el peor de los casos (y ciertamente no es así), un sistema superador a todos los existentes porque, aun para las consultas que se den personalmente, por nota, fax o e-mail, ya existiría una base de datos que haría mucho más sencillo para el funcionario asignado a esa tarea contestar cada requerimiento.

Desde ya, la implementación de un sistema como el propuesto no supone la erradicación de los demás medios que, como el histórico Boletín Oficial,[27] permitan superar la objeción de la barrera de acceso para quienes no puedan acceder a Internet.

El sentido común impide preferir la falta total de información sistematizada y disponible (y la arbitrariedad y discrecionalidad que ello trae aparejado, además de las oportunidades para convocar a *charlas personales*) al acceso generalizado por Internet, pudiendo solucionar los problemas de acceso personal y remoto con medidas paliativas igualmente económicas y razonables que, aun sujetas a las contingencias analizadas en los Capítulos 3 y 4, tendrán como telón de fondo un

[25] El sólo esfuerzo de poner en marcha el sitio obligaría a dar un orden lógico a la información, lo que redundaría en una mayor sistematización de los documentos disponibles.

[26] Como lo advirtió Mairal antes de ahora, "[u]n remedio parcial a la situación que describimos es posible: Toda repartición debe llevar un registro ordenado por temas y actualizado de las normas que aplica que están vigentes, el que debe estar a disposición de los particulares. La vía electrónica hace esto hoy posible a muy bajo costo. Asimismo, debe simplificarse la normativa y reducirse el número de sus modificaciones. Es preferible que los particulares conozcan la reglamentación vigente, por imperfecta que ella sea, a sacrificar ese conocimiento (y por ende la posibilidad de su cumplimiento) en aras de un continuo mejoramiento de la normativa. La fijación de un plazo entre la publicación de la norma y su entrada en vigor es también recomendable: Los particulares no deben verse obligados a modificar repetida y súbitamente su conducta, sino que cabe acordarles —salvo que razones excepcionales de interés público lo impidan— un plazo de transición razonable. Así ocurre en la Unión Europea." (Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Colección de Cuadernos Res Publica Argentina, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 27.)

[27] Nadie podría criticar a Vélez Sarsfield por entender, en pleno Siglo XIX, que la publicación en el Boletín Oficial de la Nación (creado por el entonces Presidente Sarmiento, quien también promulgó la Ley 340 aprobatoria del Código Civil) bastaba para establecer el régimen de presunciones que surge de los arts. 2 y 20 ya citados. Es que, para la época, se trataba del único medio disponible. Pero el criterio de hace casi 140 años debe mutar conforme lo hacen los medios tecnológicos. Así como cuesta trabajo imaginar a Sarmiento prefiriendo la publicidad de las leyes a través del grito pelado de los pregones coloniales ante la posibilidad que brindaba la imprenta; cuesta igual trabajo aceptar hoy que el papel impreso y archivado puede superar a Internet.

acceso generalizado a Internet que hará decaer las defensas de quienes siguen prefiriendo escudarse en el oscurantismo.

Así, luego de diferenciar la publicación de la publicidad, con el fin de definir un mayor nivel de exigencia para el estándar genérico hoy aceptado; luego de descartar por inadecuados o insuficientes los medios actualmente utilizados, identificando en cada caso las principales contingencias y defectos que entrañan, llego convencido a afirmar que el único medio que hoy sirve adecuadamente como piso para el estándar republicano que aquí analizo es la publicación y posterior publicidad a través de Internet, sin perjuicio de los medios complementarios que se pudieran instrumentar.[28]

Corolario inevitable de esta conclusión es afirmar que la publicación, el almacenamiento sistematizado de textos actualizados y la posibilidad de búsqueda de las normas y los actos publicados a través de un sitio de Internet de libre acceso es el piso que los Jueces pueden y deben exigir —según entiendo— para tenerlos por vigentes y exigibles en el caso concreto.[29] Y no hará falta ley, decreto u ordenanza que así lo disponga, más allá de que sea deseable. Será suficiente una sentencia de un juez competente fundada en principios constitucionales adecuados a la realidad que nos toca vivir, sin perder de vista el objetivo tenido en mira por el constituyente al afirmar la adopción del sistema republicano de gobierno.[30] Nada más. Nada menos.

[28] Naturalmente, el estándar deberá ajustarse a las dimensiones del nivel de gobierno y de la jurisdicción de que se trate. Aquello que puede ser tenido por suficiente en un municipio de 50.000 habitantes con una generación de normas y actos limitados en la cantidad, no necesariamente atiende el estándar en el caso de un Estado como el federal, en el que la cantidad de normas y actos que se publica a diario supera cómodamente la centena. Así es que no podrá aceptarse, por sólo citar un ejemplo, que las notas que sirven para reglar la puesta en marcha de un régimen tan trascendente como el de la Resolución SE Nº 1281/06 (por la que se aprobaron los llamados cargos eléctricos) sean publicadas únicamente, si es que lo son, en alguna sección perdida de la página web de CAMMESA, entidad que ni siquiera forma parte del Estado. A esta altura, todos los actos del Estado Nacional deben estar disponibles en lo que fácticamente se ha convertido en el medio de publicidad por excelencia, *Infoleg*, sin perjuicio de la publicación en el Boletín Oficial.

[29] Desde ya, si se estableciera este mecanismo conjuntamente con otros, nada habría que decir al respecto. Pero el piso no puede ser menos que la publicación y publicidad por Internet.

[30] Siguiendo a LINARES QUINTANA, puede afirmarse que "[e]n la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución Nacional, que si es instrumento de gobierno, también y primordialmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de todas y cada una de las normas de la Constitución es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre, la justicia y el bienestar general. Por consecuencia, la interpretación de la Ley Fundamental de la República debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema que inspira e ilumina a todas y cada una de sus cláusulas, como un todo orgánico y sistemático y como parte inescindible del mismo. Y en caso de aparente conflicto entre aquellos valores superiores y el interés del gobierno, aquéllos deben prevalecer sobre este último." (LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, *Abeledo Perrot*, 1998, cap. XIII.)

6. *El caso de la Provincia de Buenos Aires*

El paso siguiente en este trabajo será verificar si Internet es efectivamente utilizada en nuestro país como medio para poner a disposición del público las normas y los actos emitidos por los poderes constituidos.

Para poner a prueba los estándares definidos, decidí realizar un análisis de lo que ocurre en la realidad. Debía tomar, entonces, una muestra suficientemente representativa, que presentara cantidad y variedad cualitativa para el análisis. Fue así que decidí tomar como base aquel nivel de gobierno más atomizado y cercano a la gente, el municipal, a partir de un análisis de los sitios de Internet disponibles en una provincia determinada.

Por la cantidad de Municipios con los que cuenta, por ser la más importante en términos de presupuesto y de población y por ser, también, una de las jurisdicciones con mayor penetración de Internet, entendí que la Provincia de Buenos Aires resultaba la más apta como objeto de análisis. Pero una cosa debe quedar en claro, antes de poner blanco sobre negro los resultados del trabajo de campo realizado: Mi intención no es hacer de los municipios de la Provincia de Buenos Aires un ejemplo de oprobio, ignorando los seguros esfuerzos de cientos de funcionarios electivos y de planta por revertir esta situación, sino tomar una muestra razonablemente representativa para extraer de ello algunas conclusiones.

La Provincia de Buenos Aires cuenta con 134 partidos y sus respectivos gobiernos locales, en los que viven 12.594.974 personas, lo que representa un 34,5% del total de habitantes del país.[31] Tomando en consideración a la Ciudad de Buenos Aires y a las provincias argentinas, la Provincia de Buenos Aires es la segunda jurisdicción con mayor grado de penetración de Internet. Prácticamente unos 800.000 hogares de la provincia cuentan, a la fecha, con una conexión de banda ancha, sin perjuicio del porcentaje de su población que accede a Internet por servicios de conexión telefónica o desde locales habilitados al efecto.[32]

A los fines de este trabajo, todos y cada uno de los sitios de Internet de los municipios de la Provincia de Buenos Aires han sido analizados.[33] Veamos los resultados en los apartados siguientes.

[31] Fuente: INDEC (Censo 2001.)

[32] Según los datos del Barómetro Cisco, una medición sobre los niveles de conectividad a banda ancha a nivel local que ese fabricante de redes encarga a la consultora IDC, la Provincia de Buenos Aires cuenta con 759.363 conexiones de banda ancha, lo que la ubica en el segundo puesto detrás de la Ciudad de Buenos Aires que la supera en poco más de 100.000 conexiones. Este número debe ser ponderado por la cantidad de personas que acceden a Internet a través de cada una de esas conexiones, entre las que se cuentan las de los *cyber-cafés* de acceso público.

[33] El cuadro que refleja el trabajo de campo realizado como base para este trabajo se encuentra publicado *online* en www.respublicaargentina.com para consulta de quienes tengan interés en ver los resultados caso por caso.

6.1. *Municipios que cuentan con sitios de Internet*

Del total de municipios de la Provincia de Buenos Aires, 103 (77%) cuentan con un sitio *web* oficial razonablemente estructurado, es decir, con algo más que un escudo o un anuncio de que el sitio se encuentra en construcción. La contracara necesaria de ese número nos dice que un 23% de los municipios no lo tienen.

Llevado a números absolutos, 2.048.357 personas viven en municipios en los cuales no existe un sitio de Internet al que acudir en buscar de información sobre los órganos de gobierno y el ejercicio de sus respectivas funciones.

Pero de las páginas que sí existen, no todas tienen publicadas, a su vez, las ordenanzas más relevantes[34] en una suerte de boletín municipal digital o en una base de datos que permita acceder a ellos. De hecho, luego de horas de contrastación empírica,[35] puede comprobarse que la regla es la inversa. Ni las Cartas Orgánicas, ni las ordenanzas más importantes, ni los actos y ordenanzas del quehacer diario son publicados en la gran mayoría de los casos, según veremos a continuación.

6.2. *La Carta Orgánica*

Si nos limitamos a buscar un texto actualizado de la norma fundamental local, la Carta Orgánica, nos encontramos con que una abrumadora mayoría de los municipios relevados, un 93% para ser precisos, no la publican.

El resultado no cambia sustancialmente si uno intenta ponderar la publicación de esta importante norma a partir del tamaño del municipio de que se trate.

La provincia de Buenos Aires cuenta con 33 municipios de más de 100.000 habitantes[36] en los que viven 10.969.464 personas, un 29,95% del total de habitantes del país.[37] Resulta interesante realizar este corte en el análisis, ya que uno podría esperar que en municipios de mayor estructura, con presupuestos varias veces millonarios y con un impacto relevante en la población por la proporción que de ella congloban, el acceso público a las normas aparezca más facilitado, máxime si hablamos de la Carta Orgánica. Es que no podría aceptarse —si es que

[34] Desde ya, hacer este corte, es decir, comprobar si las ordenanzas más relevantes son publicadas, no significa ni por un momento aceptar que su publicación satisfaga el estándar de publicidad. Se trata únicamente de mostrar hasta qué punto llega el desprecio por la necesidad de dar a conocer aunque sea instantáneamente normas que necesariamente restringen libertades individuales y pueden afectar el patrimonio de las personas.

[35] Tarea que no habría sido posible sin la ayuda de Nicolás Furfaro, a quien agradezco su colaboración.

[36] La Matanza, Lomas de Zamora, La Plata, General Pueyrredón, Quilmes, Almirante Brown, Merlo, Lanús, General San Martín, Moreno, Florencio Varela, Tres de Febrero, Avellaneda, Morón, Tigre, San Isidro, Malvinas Argentinas, Berazategui, Bahía Blanca, Vicente López, San Miguel, Esteban Echeverría, Pilar, José C. Paz, Escobar, Hurlingham, Ituzaingó, San Fernando, San Nicolás de Los Arroyos, Ezeiza, Tandil, Olavarría y Zárate.

[37] Datos según Ministerio del Interior, en base a estadísticas del INDEC (Censo 2001.)

el argumento puede aceptarse en algún caso— que la falta de publicación de las normas básicas locales en una página de Internet se deba a la falta de recursos.

Sorprendentemente, la mayor dimensión del municipio no trae aparejada, al menos en el caso de la publicación de las Cartas Orgánicas, una modificación sustancial en el resultado. Sigue siendo una abrumadora mayoría (más precisamente, un 82%) la que no publica su Carta Orgánica en su sitio oficial. Traducido a cantidad de habitantes, podemos decir que 12.427.096 habitantes de la Provincia de Buenos Aires (que representan, a su vez, un 34,3% del total de habitantes del país) viven en municipios que no han creído imprescindible —no ya obligatorio desde un punto de vista constitucional— publicar su Carta Orgánica en su herramienta de presentación electrónica.

Afortunadamente, del total de habitantes de la Provincia, un 63,6% (es decir, 8.792.532 habitantes) sí tienen la suerte de vivir en municipios en los que la página oficial, cuando existe, cuenta con una sección de fotos del Intendente Municipal, seguramente imprescindibles para la vida en comunidad.

6.3. *Ordenanzas principales del municipio*

Pero no nos quedemos con la Carta Orgánica. Descendamos algunos peldaños en la pirámide normativa hasta llegar a las ordenanzas principales de un municipio. Hablamos, sencillamente, de la ordenanza fiscal, de la ordenanza que rige en materia de habilitaciones, de aquellas otras ordenanzas que resultan aplicables en materia sancionatoria. Los números siguen dando motivos para la preocupación: El 81% de los municipios de la Provincia de Buenos Aires no publican estas ordenanzas.

Si tomamos en consideración la población afectada, comprobamos que 8.902.834 habitantes viven en municipios que no publican en sus respectivos sitios de Internet las principales normas que rigen la vida de sus comunidades y de los posibles interesados en mudarse o invertir en ellas. El resultado varía, aunque no sustancialmente, al tomar los municipios de más de 100.000 habitantes. En este caso, sólo el 42% publica estas normas fundamentales para toda organización municipal.

6.4. *Buscadores de normas en el sitio oficial*

Yendo un paso más allá, podemos analizar cuántos de los sitios oficiales de gobiernos locales de la Provincia de Buenos Aires cuentan con verdaderos buscadores de normativa, tal como ocurre en el plano federal con el ya mencionado *Infoleg*, con el sitio oficial de la Ciudad de Buenos Aires o, en algunos contados casos —pero no por eso menos importantes— en la propia Provincia de Buenos Aires.[38]

[38] Coronel de Marina Leonardo Rosales, Monte, Pergamino, Pinamar, Vicente López, Malvinas Argentinas, Olavarría, Partido de la Costa, San Nicolás de Los Arroyos, San Pedro, Tandil, General

Al analizar la situación bajo este parámetro, podemos comprobar que tan sólo 21 de los 134 municipios (es decir, un 16%) cuentan con buscadores de normativa medianamente aptos para resolver dudas básicas de quien desea radicarse, operar o simplemente conocer (¡vaya pretensión!)[39] la legislación de un municipio determinado.[40]

El resultado no cambia de modo sustancial al tomar únicamente los municipios más poblados: 76% no cuentan con este tipo de herramientas. En términos absolutos, 11.041.538 personas viven en municipios cuyos sitios de Internet no tienen un buscador de normativa, pese a que su puesta en marcha no implica hoy, merced a la gran cantidad de software gratuito existente, la necesidad de gastar un solo peso.

La importancia de los datos presentados en este trabajo se magnifica al considerar que la Provincia de Buenos Aires, lejos de ser un ejemplo aislado, mucho menos el peor de ellos, es una de las provincias con mayor penetración de Internet del país, como ya hemos adelantado. Si éstas son las estadísticas de la provincia más poblada y con mayor presupuesto, podrá el lector imaginar —como yo lo hago— lo que reflejarán los números de tantas otras jurisdicciones y del país entero.

7. *Cómo llegamos al presente*

Cabe, en este punto, reflexionar respecto de los posibles motivos por los que una gran proporción de los habitantes del suelo argentino[41] vive en jurisdicciones que no publican sus normas y actos de alcance general a través del medio más económico y a la vez más eficaz que ofrece la tecnología en los comienzos del Siglo XXI.

Una primera respuesta, tal vez aplicable en más de un caso, es el desconocimiento liso y llano de la herramienta *Internet* y sus alcances. No puede descartarse la respuesta en este sentido de honrados funcionarios (electos o de planta) que, por encontrarse ajenos al desarrollo de este tipo de tecnologías, pudieran simplemente desconocer los beneficios que ellas plantean. Con todo, dar por válida una respuesta de este tipo supone creer que ninguno de los funcionarios con acceso al órgano deliberativo o al titular del ejecutivo tienen el conocimiento

Pueyrredón, Campana, Florentino Ameghino, Junín, Luján, Mar Chiquita, Saladillo, Tres Arroyos, Bahía Blanca y Avellaneda.

[39] En palabras de PULVIRENTI,"en un apabullante número de casos, no cuentan con las mínimas previsiones ya no sólo para que el vecino conozca el derecho comunal existente, sino en lo que resulta ser un supuesto particularmente grave, para que ni siquiera puedan los propios concejales conocer los precedentes sobre las materias que legislan." (PULVIRENTI, *op. cit.*)

[40] No se pretende aquí un registro de la totalidad de las Ordenanzas desde los tiempos de la organización nacional. Se trata de contar con las Ordenanzas principales —la de habilitaciones, por cierto, lo es— y, desde ya, las últimas dictadas, para cuya digitalización y publicación no hay excusa posible.

[41] Afirmación a la que puedo llegar sin siquiera proyectar los datos obtenidos para la Provincia de Buenos Aires, habida cuenta de su cantidad de habitantes.

para plantear la alternativa (si es que alguna vez tuvieron la preocupación de base de publicar las normas.)

También podría alegarse la falta de recursos materiales (computadora, conexión a Internet, etc.). Son pocos los casos en los que esta excusa puede ser honestamente esgrimida. Ahora bien, con los niveles de gasto público acumulado de las distintas jurisdicciones del país en sus tres niveles de gobierno, más el gasto derivado de distintos programas de "fortalecimiento institucional" desarrollados con apoyo de organismos multilaterales, cuesta entender que los $2000 que pueda costar una computadora representen la barrera infranqueable que impide cumplir con el estándar de publicidad analizado.

Una tercera explicación podría estar dada por la falsa idea de que la publicidad sólo puede ser satisfecha a través de medios gráficos al estilo del Boletín Oficial de Nación (herramienta ciertamente útil, pero que debe ser complementada). Me remito a lo señalado en el Capítulo 3 a este respecto. Lejos de ser un boletín municipal en papel una apuesta duradera a futuro en materia de medios de publicación y publicidad, parece ser la más cercana a quedar superada si no se la complementa con nuevas herramientas, disponibles merced a los avances tecnológicos que llevan los costos de implementación a cifras francamente insignificantes. Un *blog*[42] gratuito alcanza y sobra, si de dar publicidad a normas locales se trata, no nos engañemos.

Podría sostenerse, como hemos visto en el capítulo 5, que no se ha avanzado en este tipo de alternativas por entender que no puede sesgarse el acceso a las normas del Estado local a través de medios tecnológicos que no resultan accesibles para importantes proporciones de la población. Cualquier argumento para sostener esta postura está destinado al fracaso, como hemos visto en el capítulo 5.

En definitiva, no existe explicación plausible, una vez hecha la pausa para reflexionar, en contra de la utilización de Internet como medio de publicación principal (no por eso excluyente de otros) de los actos y las normas de cualquier nivel de gobierno, disponibles a partir de ese momento para consulta en los sitios oficiales de cada jurisdicción. Es precisamente la imposibilidad de argumentar de modo razonable en contra de esta conclusión el factor de mayor peso para tornar exigible este estándar *hic et nunc*, aquí y ahora.

[42] Página de la llamada Internet 2.0 en la cual el usuario accede a formatos amigables y preestablecidos de publicación gratuita para producir sus propios contenidos y ofrecerlos a través de la red. La actualización e inserción de nuevos documentos, fotos, archivos de todo tipo aparece simplificada y permite, incluso, la introducción de mensajes de los usuarios del sitio para cada una de las entradas agregadas por quien lo administra. El costo de mantenimiento de estos *blogs* es cero. La Municipalidad de Puerto Deseado, por citar sólo un ejemplo, ya usa este tipo de herramienta como órgano de prensa. (http://prensampd.blogspot.com)

8. *Conclusiones*

Me pregunto qué futuro nos queda esperar en un país en el que podemos ser tenidos por sujetos pasivos de obligaciones y regímenes sancionatorios que no conocemos ni podríamos conocer de antemano aun si lo intentáramos, mucho más cuando quien exige su cumplimiento —monopolizando la fuerza pública— cuenta con innumerables presunciones a su favor.

Ante alternativas de tan fácil implementación como la publicación y posterior publicidad de los actos y las normas en sus textos actualizados a través de Internet (sin perjuicio de los demás medios que pudieran implementarse en paralelo), aceptar su vigencia y obligatoriedad en todos aquellos casos en los que han sido mantenidos convenientemente *a resguardo* tras el escudo de medios vetustos de consulta no parece posible.

Corresponde, entonces, ir un paso más allá y tratar de responder aquella pregunta que formulé al comienzo de este trabajo. ¿Cómo se resuelve la tensión entre los preceptos que exigen la publicación de las normas y los actos como condición de vigencia y aquellas otras que los presumen conocidos, cuando ni la publicación ni el conocimiento existen por voluntad o desidia de los órganos obligados a publicarlos y a mantenerlos accesibles en el tiempo?

Se resuelve, primero y ante todo, dictando las normas que hagan falta para imponer la publicación y posterior publicidad vía Internet como presupuesto mínimo en la materia, sin excluir, por ello, las demás alternativas existentes y disponibles. Se resuelve, en defecto de lo que deberían hacer las legislaturas y administraciones de todos los niveles de gobierno, y como ya lo han hecho en

casos suficientemente análogos algunos Juzgados locales[43] y nacionales,[44] incluso la Corte de la Provincia de Buenos Aires[45] y la Corte Suprema de Justicia de la Nación,[46] no dando por probada *ipso iure* su existencia en juicio, tornando inválidas

[43] En tal sentido, un fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires ha sentado el criterio que debe tenerse cuenta al momento de expedirse sobre el acceso a la tutela judicial de quien alega la actual e inminente violación de sus derechos, que el conocimiento mediante la publicación oficial de los actos de alcance general es una ficción jurídica, necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema normativo. En consecuencia, "no podría asignársele el mismo tratamiento al cómputo de plazos de caducidad de la impugnación de un acto general —cuyo punto de partida radica en un conocimiento ficto, que al correspondiente a la de un acto particular que en la generalidad de los casos importa un conocimiento cierto de su destinatario. [...] Dicho de otro modo, ha de estarse por el derecho de acceso a la justicia de quien sólo se presume que ha tomado conocimiento del acto cuestionado y no ha manifestado ni una actitud convalidatoria del mismo, ni negligente en la defensa de sus intereses, frente al valor «seguridad jurídica» de una norma cuestionada como arbitraria o inconstitucional con entidad vulneratoria actual o inminente." (CCAyT CABA, Sala II, *Arnaldi Granados, Maximiliano Alberto y otros v. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA), Exp. 4603/0*, 8-VIII-02.)

En palabras de Gordillo, "[p]or oposición a la notificación que supone un conocimiento cierto y personal del afectado, la publicidad de los actos administrativos de alcance general importa un conocimiento *ficto*. De ello resulta que pueda interpretarse que los términos para la interposición de recursos administrativos corren solamente para los actos de tipo particular, no para los de carácter general (reglamentos), que pueden ser impugnados sin dicha limitación temporal. El fundamento radica en que no podría considerarse que se ha consentido por transcurso del tiempo un acto que no afecta en forma directa inmediata a persona determinada, y que no se agota en una sola aplicación sino que puede serlo también en el futuro. Asimismo, puede resultar que una persona que no se hallaba alcanzada por sus disposiciones en el momento de su emisión, sí pudiera encontrarse afectada posteriormente al variar su situación de hecho. En consecuencia, no puede negársele la posibilidad de su impugnación." Ver Gordillo, *Procedimiento…*, *op. cit.*, Lexis Nº 8001/006525. Ver, también, Juzg. Cont. Adm. Morón N° 1, *Elías, Alicia G. y otros v. Municipalidad de La Matanza s/ proceso sumario de ilegitimidad 8030*, 26-XII-06; Superior Tribunal de Mendoza, *Establecimiento frutícola Ramos S.A. c/ Municipalidad de San Rafael s/Inconstitucionalidad*, L. A. 072-395 (Exp. 33843), 10-V-77, entre otros.

[44] Por ejemplo, *Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro v. Cámara de Senadores del Congreso de la Nación*, *cit*. En este interesante fallo, se ordenó al Senado de la Nación la publicación de sus actos de ordenamiento interno en su página de Internet.

[45] Con un interesante voto del Dr. Soria, la Corte de la Provincia de Buenos Aires no tuvo por probada la existencia de una ordenanza de la Municipalidad de General Rodríguez, dejando de lado la pacífica práctica aceptar la existencia y vigencia de las normas esgrimidas por el Estado en su defensa por su mera cita. En palabras del Dr. Soria: "[e]l principio según el cual los jueces deben conocer el derecho —*iuira novit curia*— no se extiende a la totalidad de las reglamentaciones locales que, al igual que el derecho extranjero, les resulta imposible conocer. Por tal motivo, la norma dictada por la Municipalidad de General Rodríguez a través de la cual se materializó la adhesión que denuncia, es un hecho que debió probar de acuerdo a las reglas que rigen la carga de la prueba en cualquier proceso y, al respecto, ni siquiera ofreció alguna (arts. 20, ley 7.166 C.P.C.A.; 375, C.P.C. y C.)" (Ver SCBA, *Saisi, Griselda c. Municipalidad de General Rodríguez*, B 63.590, 5-III-03.) Ver también SCJBA, *Czarnecki, Marcos c/Municipalidad de Quilmes*, S. I – 1297.

[46] CSJN, *Municipalidad de Santiago de Liniers c. Irizar, José M.* (ver *Fallos*, 327:4474, sobre la base del dictamen del Procurador General, al que adhirió la Corte), con nota de Casás, José O., "Descalificación de una sentencia en un proceso de ejecución fiscal por no haberse acreditado la publicación de una ordenanza instituyendo el tributo," *LL*, 10-II-05. Ver en este sentido Gordillo, Agustín, "Racionalidad, política, economía, derecho," *LL*, 28-XII-05, p. 1; Rodriguez Prado, Julieta, "Leyes secretas ¿antagónicas de un estado de derecho?," *Sup. Adm.*, 2005-VII-21, p. 70; Diana, Nicolás, "Algo más que vías de hecho administrativas," *LL*, 2005-C, 466; Lima, Fernando E. J., "Las «leyes secretas»," *Sup. Constitucional*, junio de 2005, p. 58.

las obligaciones nacidas al amparo de normas y actos que no han sido debida y suficientemente publicados y declarando nulos aquellos actos fundados en ellas. No hace falta esperar una norma para comprobar la falta frente al deber de dar publicidad a las normas y a los actos de alcance general: Es cuestión de hecho y prueba, como he tratado de demostrar en este trabajo.

Más claro es, aun, que las normas y los actos de alcance general cuya publicación y publicidad no satisfagan los criterios aquí definidos no pueden ser defendidos exitosamente por el Estado en sede judicial, acudiendo a los plazos de caducidad que las distintas leyes de amparo o de impugnación constitucional con efectos *erga omnes* todavía prevén.[47]

GORDILLO decía, hace más de 35 años, refiriéndose en aquel caso a las leyes, que "el problema no consiste en saber qué entendieron los constituyentes, ni cuál es el sentido histórico-etimológico de las palabras «promulgación», «publicación», etc., sino determinar cuál es el sistema por el que queremos regirnos hoy. ¿Queremos regirnos por leyes que no conocemos oficialmente? ¿Queremos favorecer el crecimiento de leyes obligatorias que aún no sabemos que nos están ya obligando? ¿Queremos enterarnos mañana de lo que debimos hacer hoy?"[48] Las casi cuatro décadas que pasaron desde la formulación de estas preguntas y los hechos reflejados en este trabajo sirven de respuesta sobre el pasado. ¿Seguirá siendo ésta la respuesta hacia el futuro?

Sólo si los jueces penalizan a las administraciones y a los cuerpos deliberativos con la ineficacia de sus actos por mantenerlos ocultos (y no interesa aquí si fue con intención o no) se generarán los incentivos necesarios para que la publicidad de actos y normas sea una realidad en los tres niveles de gobierno, todos ellos en falta, con sus más y sus menos, con este estándar básico del Estado de Derecho. Si los incentivos de las sentencias vienen seguidos de un fuerte control por par-

[47] Es que podría argumentarse que la presunción ficta de conocimiento de las normas y los actos de alcance general lleva, como contrapartida, a la inexistencia de un plazo para impugnar este tipo de fuentes del derecho (Ver GORDILLO, *Procedimiento…*, *op. cit.*, Lexis Nº 8001/002152.) Pero este cariz, efectivamente presente en el plano federal y en otras jurisdicciones (no todas) para la impugnación de los actos de alcance general, no significa, en definitiva, que la falta de publicación o de adecuada publicidad no ponga en peligro el ejercicio de remedios judiciales de tanta importancia como el amparo, para cuya admisibilidad varias jurisdicciones han impuesto un plazo de caducidad exiguo. Si el conocimiento ficto se acepta desde el momento en que la publicación supuestamente ocurre (cuestión que el Estado intentará demostrar, cuando no exista un boletín oficial, a través de constancias de dudosa eficacia probatoria), se pone en riesgo, además del cumplimiento del estándar estudiado, el acceso a los jueces, salvo que éstos tomen la decisión que aquí se propicia: No dar por probada la existencia del acto si no se verifica la efectiva publicación y posterior publicidad suficiente del acto.

[48] GORDILLO, AGUSTÍN, "La promulgación y publicación de las leyes," *Derecho del Trabajo*, año XXIX, N° 10, Buenos Aires, 1969, p. 594. Fue también GORDILLO quien llamó la atención sobre la falta de publicación en el Boletín Oficial de los contratos de concesión, ni de los anexos a los llamados de licitación para las privatizaciones. También advirtió acerca de la ignorancia del derecho respecto de normas reglamentarias, que trató en *Introducción al Derecho*, cap. II, punto 3, "El conocimiento del derecho," Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 10-11.

te de la sociedad civil, tal vez logremos el objetivo nada desdeñable de conocer las normas que debemos cumplir —y eventualmente cuestionar— para vivir en comunidad. Así sea.

Capítulo XV

FRENTE A VÍAS DE HECHO, UNA NUEVA CATEGORÍA DE SENTENCIAS: "ENUNCIATIVAS Y TESTIMONIALES"[1]

Por Orlando D. Pulvirenti

Hace unas décadas Gordillo sorprendía con su libro *La Administración Paralela*[2] *y Nino sacudía las conciencias con Un País al Margen de la Ley*.[3] En ambos casos manifestaban de qué manera se las ingenian tanto las autoridades en particular, como la sociedad en general, para crear y transitar por conductas que se apartan de las normas. La anomia vista como la simple ignorancia de lo estatuido en el orden jurídico formal, es la nota distintiva de este fenómeno sociológico. Sea por una histórica evolución de ese mal[4] o por una lógica incorporación de la tecnología en la sociedad, hemos desembocado en actos virtuales y sentencias de la misma naturaleza, a las que ya ni siquiera pueden llamarse como declarativas, sino como enunciativas o mediante una ligera extrapolación semántica de la terminología utilizada en las últimas elecciones legislativas, como testimoniales. La resolución de Arias se convierte así, en parte de esta nueva categoría de sentencias no previstas en ningún Código Procesal, pero no por ello menos existente—al menos en los papeles—, que es la de los fallos enunciativos o testimoniales.

En efecto, la decisión del Juez platense es jurídicamente inobjetable, y resolver de otro modo sería motivo de aplazo a cualquier estudiante de derecho. Es

[1] Publicado originalmente en *LL*, Suplemento de Derecho Administrativo, agosto de 2012.

[2] Puede leerse en novísima reedición en Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 6, *El método en derecho - La administración paralela*, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012.

[3] Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emece, 1992. (Reedición: Ariel, Barcelona, 2005.)

[4] Disculpe el lector que aún conserve una categoría ética para referirme a la cuestión, por cuanto según parece no solo hemos arrasado con el derecho, sino también en forma previa o concomitantemente con cualquier análisis que incluya definiciones morales.

que lisa y llanamente el Poder Ejecutivo provincial procedió a anunciar[5] —y de hecho no abonó de la manera que correspondía— el fraccionamiento del sueldo anual complementario, sin ley o acto administrativo que le sirviese de sustento. Al hacerlo, no hizo sino disponer sobre el derecho de propiedad de naturaleza alimentaria de los trabajadores, en evidente violación a las normas que disponen el pago en tiempo y forma de dicha remuneración.

Allanado el único obstáculo formal que se podía oponer a su decisión, que no resultaba sino del eventual dictado de una medida cautelar cuyo objeto se identificase con la solicitud de fondo, de una manera solvente a través de la cita de propios precedentes provinciales; el Magistrado ordena el pago en su totalidad en el plazo de cinco días. Medida que por cierto, a la fecha no fue cumplimentada con algunas particularidades ulteriores que hacen al caso más bizarro.[6]

Ahora bien, las razones expresadas y que han sido objeto de todo tipo de debate mediático, tal como si los foros periodísticos hubiesen reemplazado cualquier requisito, no están escritas. No se hallan en ningún instrumento legal. No hay ley, acto administrativo, ni siquiera mísera resolución ministerial que lo avale.[7] Simplemente quien gobierna no pudo o decidió no pagar los aguinaldos tal como está previsto, y por la prensa nos hemos enterado —entre otras cosas— que lo haría por carecer de disponibilidad de dinero para ejecutar lo que mínimamente debe preverse en cualquier presupuesto anual, que es la atención de las obligaciones corrientes.

En ese marco, resulta aun más increíble el postulado provincial. Fue la negativa del Estado Nacional de girarle esos fondos la que motivó su actuar.[8] Ahora bien, ¿Estaba respaldado tal supuesto) óbito en algún instrumento legal? ¿Se previó esa transferencia sobre bases ciertas? O, ¿Simplemente consistió en una especulación política? Tan básico en materia de finanzas públicas es el tema, que

[5] "Scioli anunció que pagará en cuatro cuotas el aguinaldo," *La Capital*, Mar del Plata, 29-VI-2012.

[6] Por un lado quién es el número dos del Ejecutivo Bonaerense, Gabriel Mariotto, decidió el pago del aguinaldo en un solo acto conforme a la ley 10.163, aunque excluyendo a los legisladores (ver "Por orden de Mariotto, la Legislatura de la Provincia también pagará el aguinaldo completo," *Clarín*, 11-VII-2012, http://www.clarin.com/politica/Mariotto-Legislatura-Provincia-aguinaldo-completo_0_734926758.html; y por otro la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, siguió idéntico criterio, resoluciones 1807 y 1808/2012 SCJBA, http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Pago%20del%20aguinaldo%20de%20agentes,%20funcionarios%20y%20magistrados%20del%20Poder%20Judicial.

[7] Con varios días de posterioridad al fallo, se publicó el Decreto Nº 588/12 que dispuso el pago escalonado del aguinaldo. No se estableció una entrada en vigencia distinta a la prevista por la publicación normal de los actos administrativos.

[8] Más allá de las especulaciones mediáticas respecto de las razones políticas que pudiesen existir para la negativa nacional a brindar auxilio, su mera enunciación en esos términos, implica que la misma era voluntaria y no una obligación estadual. Ver entre otras noticias *Tiempo Argentino*, 29-VI-2012, "En los próximos días, ingresos extraordinarios para la provincia." "La Nación enviará a Scioli 1000 millones para pagar aguinaldos;" "El aguinaldo en un solo pago," página oficial UCR, http://www.ucrbuenosaires.org.ar/?q=/node/13994; un buen análisis puede leerse en la revista política bonaerense *La Tecla*, edición digital: "La incómoda pregunta y lo que no se dijo," http://www.latecla.info/3/nota_1.php?noticia_id=53661

no puede extrañar que Arias exija cuanto menos el esfuerzo del administrador por explicar la naturaleza, alcance y razones de la imposibilidad que aduce para no obrar como debía.

Dicho esto, si el único caso en el que la autoridad no dicta el acto correspondiente para ejecutar una decisión, cuyos fundamentos son previamente explicitados, como exige cualquier ordenamiento procedimental administrativo del País, con base en los propios principios republicanos de nuestra organización nacional, fuese éste, no dejaría de ser preocupante pero no tan gravoso. Sin embargo, la actualidad marca que tanto desde las restricciones a la adquisiciones de bienes en el extranjero, como hasta las de monedas foráneas, quedan sujetas a prohibiciones confusas, no escritas e inclusive resueltas en oficinas de bancos comerciales,[9] mediante respuestas —o ausencia de ellas— por parte de sistemas de computación u operadores telefónicos que no se identifican siquiera por sus nombres. Es decir, hechos producidos en forma virtual, por la Administración, pero con efectos bien reales sobre la gente.

En ese contexto, a cualquier hombre que haya jurado hacer cumplir la Constitución y las leyes, no le quedaría por aplicación de las normas vigentes, fallar sino como lo hace Arias.[10] Hechas estas consideraciones jurídicas, no se puede dejar de pensar fácticamente. La posibilidad de cumplimiento de la sentencia por parte del poder político o que se vea tentado a desconocer la autoridad de los magistrados, es una circunstancia que ha sido sopesada por los Jueces desde el ciñero caso resuelto por el Juez Marshall hacia delante.[11] En autos, frente al alegato de no disponerse del dinero ¿Cómo se hará para que la sentencia se cumpla? La respuesta, a pesar de ser en términos jurídicos clara (la sentencia debe ser ejecutada), se anticipa por lo contrario, negativa.[12] Nadie lo hará. El Ejecutivo sostendrá no poder hacerlo, salvo que se produjese el hecho de un tercero (la Nación), el Judicial en sus distintas competencias materiales —y en este caso en particular, en su fuero penal— se mostrara inerme frente a aquel rechazo. ¿O acaso podríamos seriamente esperar que se investigue o más aún, que se condene al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires por

[9] Ver Resoluciones 3210, 3212 y 3333 de la AFIP y Comunicaciones correlativas del BCRA.

[10] De hecho declaró: "Muchos medios ayudan a construir esa realidad, Y bueno Scioli no tiene plata, señaló, Parece que se lo justifica de esta manera y yo creo que es una cuestión muy grave, es casi una apología del delito," *El País*, domingo 15 de julio 2012, p. 16.

[11] Caso *Marbury contra Madison*. (5 U.S. 137, 1803.)

[12] Lo acompañan en el derrotero, cientos de casos previsionales, ver por ejemplo: *Fargosi, Horacio Pedro c/ANSeS s/reajustes (Procedentes los recursos ordinarios*, *Arrúes* (*Fallos*, 329: 2146) y *Paillás* (13-II-2007) - Tasa de interés - Caso *Spitale*. (*Fallos*, 327: 3721.) En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en autos *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparos y sumarísimos* intimó el 24 de mayo de 2012, a la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) para que informe en un plazo de 30 días cuántos jubilados están reclamando ante el organismo por un ajuste del haber inicial, por movilidad o por cualquier otro motivo; el grado de demora en pagar los fallos judiciales, y cuál es el presupuesto que destinará para cancelar esas deudas.

desobediencia?[13] Siendo así, la resolución será, ni siquiera una declaración de derechos, no más que una enunciación, o lo que es más gráfico, un testimonio de cómo deberían hacerse las cosas en un País que respetase las instituciones. El juez podrá conservar su conciencia limpia de haber hecho lo que debía. Los empleados bonaerenses, sabrán por sus bolsillos, de las reglas que impone la política y la economía de estos días.

[13] No podemos dejar de recordar respecto de la visión política que con relación a ello prima, que ha sido la propia Presidenta de la Nación quien desafió a los Jueces al definir la anticipada desobediencia a cualquier orden que los últimos impartieron respecto de la movilización de fuerzas de la Gendarmería, luego del lamentable accidente que cobrara la vida de efectivos de la misma, en su regreso de Cerró Dragón en la provincia del Chubut.

Capítulo XVI

PALABRAS PRONUNCIADAS EN LAS JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Agustín Gordillo

Es para mí siempre un extraordinario honor ser invitado a la clausura de estas Jornadas de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, ahora con la participación de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo y la Asociación Ítalo-Argentina de Derecho Administrativo.

Sea mi primer agradecimiento a los juristas italianos, los profesores Fabrizio Fracchia y Massimo Occhiena que nos acompañan, a los colegas que han dado la perspectiva de otras jurisdicciones locales argentinas, a las autoridades de las instituciones que han hecho posible esta actividad y también a todos cuantos han participado, de una u otra forma, en la organización y desarrollo de este siempre grato evento de reflexión jurídica.

En cada oportunidad anterior que fui invitado, y bajo distintas administraciones públicas locales de esta jurisdicción, tuve el placer de expresar mi orgullo y alegría de ser habitante de una Ciudad que es un pleno Estado de Derecho.

Aquí nos hemos ganado tener la fortuna de elegir. Tenemos elecciones democráticas en los tiempos previstos constitucionalmente, con periódica renovación de autoridades no sólo administrativas y legislativas sino también de sus propias organizaciones intermedias.

Valgan de múltiple ejemplo esta Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires que hoy nos brinda su cálida sede, más la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo que patrocina el evento, y sin duda la hermana mayor, la AADA, Asociación Argentina Argentina de Derecho Administrativo que realiza sus jornadas nacionales en Córdoba en sus ya largos años de vida, desde su nacimiento en 1976 en esa misma Ciudad, pero que fuera ya concebida en jornadas anteriores.

Esa fue también una contribución del derecho civil al derecho administrativo. Permítaseme el recuerdo de esa magnífica asociación civil, de la cual fui electo primer Presidente en 1976, en años de plomo, que celebra hoy su casi cuadragésimo aniversario. Mis saludos a ella. A todas esas organizaciones no estatales me honro en pertenecer, aunque no pueda estar en todos lados al mismo tiempo, en el estado actual de la ciencia y la tecnología.

En todas ellas se respira el mismo ámbito democrático del debate polémico, que como decía Juan Francisco Linares en 1963, ha de estar libre de "pasión sectaria, prejuicios políticos, ideología totalitaria o individualista", pues en él cada participante "levanta, aún con sus errores, el nivel de la ciencia jurídica", en el "diálogo entrecruzado con que la ciencia levanta lentamente la obra humana del saber sobre un modo humano del obrar". (Reproducido en mi *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 5, *Primeras obras*, Buenos Aires, FDA, Fundación de Derecho Administrativo, 2012, p. EEA-7, accesible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/02/02-prologo_intro.pdf)

La independencia de los magistrados ha sido un tema indiscutido en las exposiciones de estos dos días porteños, pero tal vez quepa relacionarla con el tema de los frenos y contrapesos de los tres poderes del Estado, tema sobre el cual he escrito desde la perspectiva de un magistrado interactuando con los demás controles, en distintos ordenamientos no argentinos.

He sido siempre partidario de la plena justiciabilidad de todas las cuestiones, sean políticas, económicas o sociales. Pero quiero aportar una visión quizás con un matiz diferente, producto también de una vida generosa con mi tiempo en esta tierra. Hago con ello un homenaje también a todos aquellos que ya no están entre nosotros. No hagamos nombres para no empañar una vez más de lágrimas nuestro permanente recuerdo.

Volvamos a lo nuestro, que es lo de todos.

La Justicia no es la palabra final, sino que los hechos lo son, a la luz de la opinión de una sociedad pluralista y democrática, en el estado de la realidad técnica y económica de cada momento histórico. Los tres poderes constituyen engranajes activos de una democracia viviente, palpitante, participativa.

El proceso de creación del derecho no se concluye con una sentencia, falta por de pronto que ella se cumpla y esto es responsabilidad del tribunal asegurar, como le sugirió Rivero al Consejo de Estado de Francia a comienzos del siglo pasado, cuyo trabajo fuera republicado por el Consejo de Estado al cumplir sus doscientos años, hace algo más de una década: "*De l'affaire Canal à l'arrêt Canal*."

Para ello el tribunal debe estar previamente seguro que la sentencia que vaya a dictar no sea de imposible cumplimiento; será de imposible cumplimiento si el tribunal no tiene los medios, o no está dispuesto a usarlos, para hacer realidad su ejecución. También lo será sí apreció mal los hechos, por ejemplo ordenando algo que no es técnicamente realizable.

Y según como siga la historia de los hechos posteriores a la sentencia, según estos den o no la razón a la visión que el tribunal haya tenido de los hechos, el proceso colectivo de creación del derecho sigue siempre viviente y vuelve a interactuar sobre la magistratura. Lo he explicado a partir de mi experiencia personal y lo he publicado ya hace años, en el país y en el exterior.

Cuando una sentencia no se cumple ello puede deberse a la negligencia de los funcionarios que no la ejecutan, y deberán ser sancionados con medidas judiciales conminatorias. Pero, en otra variante, también puede ser que la sentencia sea de cumplimiento imposible y por ende caer bajo el adagio romano que nadie puede ser obligado a hacer lo imposible. El acto administrativo de objeto imposible es inexistente. ¿Defenderá alguien como derecho viviente una sentencia incumplida?

Si la sentencia no es congruente con el estado presente de la ciencia y la tecnología, o transgrede los parámetros de razonabilidad económica o financiera bajo el argumento de hacer cumplir las normas jurídicas, está postulando que el derecho puede ser irrazonable y a pesar de ello ser derecho válido y obligatorio.

En tal caso no creo que la sentencia sea correcta aplicación del derecho. Podrá a lo sumo ser aplicación de una norma valiosa para la justicia natural, pero que si transgrede la realidad y es imposible ejecutar, resulta ser una valiosa aspiración social pero no la congruente aplicación del derecho por un tribunal estatal de justicia local.

Los tres poderes del Estado local ejercen sus recíprocos frenos y contrapesos, y cuando aparece insatisfacción ciudadana ésta se canaliza por los diferentes medios formales e informales que tiene una sociedad libre y democrática. Hemos visto algunos movimientos en la magistratura local que son muestra evidente de tales mecanismos de frenos y contrapesos en acción.

Los había analizado mucho antes a nivel internacional. Están en Internet (*Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales*, disponible en http://www.gordillo.com/cv/art_16.pdf; *Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación*, disponible en www.gordillo.com/cv/art_42.pdf) y no me sorprende verlos aplicarse localmente.

Con esos criterios, y en expresa remisión a uno de tales trabajos en inglés, he votado en solitaria disidencia en un plenario del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo y finalmente renuncié antes de cumplir mi mandato, pero no sin antes saber que posteriormente al plenario del Tribunal Administrativo de la OIT, el solitario criterio minoritario había anticipado correctamente el fallo que después dictaría en igual sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es que en los seis tribunales administrativos internacionales que he integrado en mi vida, la realidad presente y el decurso previsible del derecho posterior, siempre ha estado presente en mis razonamientos. El proceso de creación normativa

comienza en el legislador, sigue en el administrador y termina en principio en el juez, pero ello no significa que no prosiga recreándose para otros casos, con ingredientes y hechos que nunca serán iguales. Si la sentencia no se cumple, el proceso ha quedado truncado, no ha terminado sino con un hermoso trozo de papel que se enseñará, quizás, si lo que se enseña es lo que no está en la realidad.

Podremos compartir o no los cambios que se van evidenciando, pero no podemos menos que reconocer su origen en el juego de los tres poderes del Estado, tal como colectivamente los hemos votado, para bien o para mal.

Y ya tendremos oportunidad, cercana, de expresar con nuestro voto la satisfacción o insatisfacción que nos merezcan cada uno de los poderes sometidos a periódica y democrática renovación en cada elección.

He oído en estas jornadas una viva crítica a la apreciación positiva de la legislatura local hecha por el Superior Tribunal de Justicia local. He escuchado en septiembre en Grecia, tan distante y tan cercana, las más fuertes críticas al supremo tribunal constitucional alemán, por respetar la voluntad legislativa del Bundestag alemán. Cada electorado dirá con su voto cuál es la interpretación correcta. Si el Bundestag o la Legislatura de la Ciudad se equivocan sistemáticamente, eso lo resolverán los electores modificando su composición.

La magistratura no está sujeta a controles electivos directos, pero tiene otros que he explicado y publicado. Esos controles son sociales, de la opinión pública, de la interacción con los otros poderes. Ahora mismo los estamos viendo actuar. Si los poderes electivos actúan mal cuando interactúan con la magistratura, corresponderá a la sociedad expresarlo públicamente, primero, y como etapa final votando según su parecer en las siguientes elecciones.

Cada uno tendrá su opinión, cada uno tendrá su voto, ahora ampliado con el derecho a voto de los adolescentes que podrán así participar no solamente en los *raves* locales, bicicleteadas, *skateboardings*, *zombies*, ocupación festiva de espacios públicos, etc. La misma alegría con que obviamente participan en tales eventos a su edad considerados *cool,* será la alegría con la cual participarán de un procedimiento electoral nacional o local igualmente *cool*.

No olvidemos que a fines del sigo pasado un economista ganó el premio Nobel por haber demostrado que el voto se ejerce siempre en el propio interés del votante. El pueblo, si está en libertad y tiene una prensa independiente, acertará o se equivocará. Pero ese será el próximo gobierno, bueno o malo según como cada uno haya votado, que a su vez seguirá inter-actuando con la justicia. La Justicia dicta sentencia definitiva para el caso, a menos que resuelva algo que no sabe de antemano cómo hará cumplir. Si no sabe cómo hacerla cumplir, y no se cumple, entonces la sentencia no es definitiva, en los hechos, ni siquiera para el caso.

Volvamos al juego de los tres poderes, dos electivos directamente y uno indirectamente y a través de un procedimiento de selección controlado por los poderes políticos. Si bien desconozco los detalles internos de los resultados de los actuales

procesos de selección de magistrados, no puedo menos que contraponer, a algunas voces críticas expresadas en sordina, mi satisfacción personal porque haya sido el juego de la democracia y los partidos políticos, el que ha dado lugar a las nuevas designaciones, cuidando de reflejar no solamente la idoneidad técnica de los magistrados sino también los intereses de toda sociedad democrática y pluralista.

Sé qué mis consejos antes del nacimiento de estos conflictos eran conocidos pero se resolvió no seguirlos ni mencionarlos o rebatirlos por escrito. Me lo han dicho verbalmente, con afecto, como para no entrar en debate. Agradezco la bondad de la intención, discrepo con la prudencia del pronunciamiento.

No sé cuánto de lo ocurrido después no responde precisamente a la experiencia internacional que yo había invocado y ejemplificado con minuciosidad, mucho antes de saber qué conflictos se iban a presentar acá.

Acá estamos acostumbrados a ver controles por atropello, pero cuando son controles un poco más sutiles pareciera que no los queremos entender como lo que son, controles sutiles pero controles al fin.

Esta frase, elíptica, es sólo para entendidos, pero todos los aquí presentes somos entendidos. Son los hechos, siempre los hechos, ahora en todas las instancias judiciales. El precedente del Superior Tribunal de Justicia en *Alba Quintana* admite, para mí, lecturas entrelíneas que no todos interpretan por igual; o con las que discrepan, lo cual es sano en una sociedad democrática.

Ahora bien, no querer o no poder verlos es como no creer en la fuerza de gravedad y dejar un vaso de vidrio suspendido en el aire. Ineluctablemente se cae, aunque tal vez no se rompa, y será necesario levantarlo. ¿Será razonable soltarlo otra vez en el aire, para ver si en la próxima caída, o la que le siga, finalmente se rompe? ¿Preferimos arriesgarnos a romper el vaso, sólo para no aceptar la ley de la gravedad?

Quizás sea oportunidad de reflexionar, también, puesto que siempre se busca un mejor equilibrio de poderes, que la Ciudad constituye hoy una ventana excepcional para ensayar ante el país modernas formas de sistemas parlamentarios en lugar del clásico que tenemos ahora. No está muy distante del parlamentarismo el funcionamiento empírico de los poderes ejecutivo y legislativo de la Ciudad, basta leer los diarios. Sería un servicio que le podríamos prestar no solamente a la **Ciudad** y sus habitantes sino también a la **Nación** y demás provincias, para que todos puedan ver en acción el mecanismo institucional al que ellas deberán también, tarde o temprano, evolucionar.

Ver de cerca sus éxitos o fracasos, sus ventajas y problemas, constituirá un laboratorio de experimentación de una sociedad local madura: observar, discutir, aprender y finalmente imitar y mejorar, o rechazar, aquello que respectivamente hayamos hecho de bueno o de malo, en el proceso de modernización democrática y republicana de nuestras instituciones. Como unidad política institucionalmente más desarrollada, le debemos al país el brindarle un nuevo modelo para observar,

estudiar, a fin que las demás jurisdicciones saquen las conclusiones que sean del caso y obren en consecuencia.

En cualquier caso, los beneficios y también falencias de la inmediatez fáctica y urgencia temporal de la respuesta legislativa y administrativa a los problemas de la Ciudad, necesitan siempre de la más reposada discusión y participación ciudadana en audiencias públicas judiciales, donde se puedan oír los reclamos de las asociaciones vecinales de distinto tipo, recabar y recibir la debida información técnica que la propia judicatura deberá procurarse, para no desconocer la realidad. Otra vez en palabras de Linares, actuando con la "serena equidistancia" y "el profundo sentido político arquitectónico" indispensables.

Se requiere un control no solamente de legalidad formal y axiológica sino también y fundamentalmente de razonabilidad, para lo cual el conocimiento judicial de los hechos debe ser conforme a las reglas de la ciencia y de la técnica, para dar al caso respuesta oportuna, **razonada**, meditada, imparcial e independiente; pero técnicamente correcta. Así como la administración no tiene *discrecionalidad técnica* sino que está atada a *las reglas de la técnica*, así también lo está la justicia. No se trata de sustituir el accionar legislativo o administrativo con el puro arbitrio judicial libre de toda atadura empírica o científicamente documentada, libre de razonamientos económicos y financieros.

No se trata de que la Justicia imponga su personal visión del derecho cuya tutela se le impetra, sino también que tenga en cuenta, y valore, los elementos económicos y financieros comprometidos, sin los cuales su decisión puede ser irrazonable, irrealizable, una frustración más a las aspiraciones de los justiciables cuando se les "reconocen" "derechos" que no están en condiciones de serles garantizados empíricamente por quienes se los declaman.

Me he referido también a esta cuestión, en términos que estimo aquí aplicables para los tres poderes, en un trabajo en inglés del año 2010 y otro en italiano, del año 2012, los cuales se encuentran en Internet. También están, por cierto, en castellano, en los trabajos de hace algunos años sobre los frenos y contrapesos del actuar jurisdiccional. Quiero con ello decir que no es algo que he pensado para esta circunstancia, sino que siempre lo he escrito así, recurrentemente.

Mientras tanto, disfrutemos del libre debate democrático, del juego recíproco de las instituciones republicanas, y de su reverdecimiento constante. Y no dejemos nunca de observar la realidad y pensarla, como diría Linares, libres de "pasión sectaria, prejuicios políticos, ideología totalitaria o individualista."

Grazie, cari amici italiani. Gracias, queridos colegas argentinos.

Sección IV

PROCEDIMIENTO Y PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

Capítulo XVII: Gordillo, Agustín, *El procedimiento administrativo en la práctica.*

Capítulo XVIII: Rodríguez Prado, Julieta, *La violencia del procedimiento administrativo en la práctica.*

Capítulo XIX: Bonina, Nicolás, *El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado.*

Capítulo XX: Gordillo, Agustín, *El tiempo en la decisión jurídica.*

Capítulo XXI: Bruno dos Santos, Marcelo A., *Los alegatos de oreja: una práctica cotidiana que atenta contra un mejor servicio de justicia.*

Capítulo XXII: Rodríguez Prado, Julieta, *El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean.*

Capítulo XXIII: Bruno dos Santos, Marcelo A., *El procedimiento de determinación de la condición de refugiado en la práctica.*

Capítulo XVII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

Por Agustín Gordillo

Sumario

I. *Introducción* 291
1. La realidad en el derecho administrativo 291

II. *Las actuaciones administrativas* 293
2. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación 293
3. El trámite de agregación de escritos al expediente 294
4. Defectos de foliación 296
5. La precaución de guardar copia de los escritos y documentos 297
6. La impulsión personal de las actuaciones 298

III. *Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias* 302
7. Diferencias entre los recursos y los reclamos y denuncias: La necesidad de personalizar 302
8. Alcances de la personalización 302
9. La individualización 303
10. La desmitificación 304
11. El ataque: La mejor defensa 306
11.1. La posible derivación judicial. Remisión 306
11.2. En sede administrativa 306
11.3. En la opinión pública 308
11.4. En el ámbito penal 308
11.5. En la justicia administrativa: Las *astreintes* personales al funcionario 309
12. Por qué la administración es autoritaria 309

IV. *Estilo administrativo* 311
13. Estilo administrativo y estilo forense 311
14. "Falta de estilo" 312
15. Objetividad 312
16. Impersonalidad 313
17. Valentía 314
18. Prudencia 314

V. *Estructura de los escritos* 315
19. Exhaustividad 315
20. Concisión o resumen 317
21. Graduación de los argumentos 317
21.1. Exposición de los vicios en el objeto 317
21.2. Los vicios en la competencia 318
21.3. Los vicios objetivos de la voluntad 318
21.4. Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma 318
21.5. Conclusión 319

Capítulo XVII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA[1, 2]

Por Agustín Gordillo

I. Introducción

1. *La realidad en el derecho administrativo*

En el primer tomo indicamos que el conocimiento del derecho administrativo hacía indispensable, como en cualquier otra disciplina jurídica, el conocimiento de la realidad;[3] en el primer cap. de este t. 2 hemos comenzado por señalar cómo se prueba en derecho esa realidad. Pero hay al menos dos planos en la realidad: Uno es de los medios de pruebas que irán al expediente como medios de convicción, el

[1] El trabajo es una versión corregida del capítulo X del *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. En consecuencia, no se repetirá en futuras ediciónes de dicho tomo del *Tratado*.

[2] Complementar en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo,* Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión, 2001; versión italiana como *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, introducción de Feliciano Benvenuti, Milán, Giuffrè, 1987; reproducido en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos aires, FDA, 2012, 1ª ed.; Nieto, Alejandro, *La organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1984; Carullo, Antonio, *La prassi amministrativa*, Padua, Cedam, 1979; Kliksberg, Bernardo, "La racionalidad irracional de la burocracia," en su libro *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, p. 158 y ss.; Mockle, Daniel, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, París, L.G.D.J., 1984; Woll, Peter, *Administrative Law. The Informal Process*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1963; Rodríguez Prado, Julieta, "La violencia del procedimiento administrativo en la práctica," *LL*, 2006-F, 897; "La conducta del administrado no es indiferente para la Justicia," *LL, Sup. Adm.*, 7 de agosto de 2009, p. 35; Barbarán, Josefina, "El agotamiento del administrado," *LL*, 2005-E, 1120. Similares ideas, posteriormente, en Bonina, Nicolás, y Diana, Nicolás, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009, p. 39.

[3] *Supra*, t. 1 cap. I; *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001. Ver "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Dr. Roberto O. Berizonce," en Botassi, Carlos A. (dir.), *Temas de derecho administrativo*, La Plata, LEP, 2003, p. 20; Sáenz, Jorge A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia," *Temas..., op. cit.,* pp. 74-5.

otro es cómo manejarse con las administraciones públicas y sus concesionarios o licenciatarios en la práctica diaria. En este cap. cubriremos el segundo aspecto. Ello es de importancia para la defensa del particular, en el plano administrativo y de los usuarios frente a los prestadores privados de servicios públicos monopólicos.

La retracción del aparato administrativo a fines de siglo XX y comienzos del XXI, que antes explicamos, va acompañada de un mayor crecimiento de las actividades privadas monopólicas concedidas o licenciadas por el Estado, que requieren de la tutela y el control administrativo y jurisdiccional.

Hay que desarrollar paciencia y sobre todo perseverancia para evitar que los abusos eventuales se repitan y perpetúen. Tanto en la administración como en los prestadores de servicios públicos la posibilidad de abuso de poder existe siempre y es necesario salvaguardar los principios del debido proceso a fin de que el particular encuentre protección frente al funcionario de la administración,[4] o de sus licenciatarios o concesionarios monopólicos.

Pero en esto como en muchas otras cosas no basta el funcionamiento formal de las instituciones jurídicas: Es necesario que el propio pueblo colabore, individual o colectivamente, en mantener a diario el control del poder.[5] Tenemos en esto un deber de solidaridad con nosotros mismos.

Todo demuestra que el pueblo y los individuos no lo cumplen y que las más de las veces se dejan ignorar, dominar, amenazar o en tratar paternalmente por el Estado y su representante inmediato y directo, la autoridad o el prestador del servicio, el funcionario o empleado que en nombre de uno u otro actúa: *Vigilantibus, non durmientibus, jura subveniunt*. El derecho protege a los que vigilan y no a los que duermen.

Han aparecido hace tiempo breviarios que indican al pueblo, al hombre común de la calle, cómo defenderse de la autoridad, cuáles son sus derechos, etc. Y no es casual que el título de alguno de ellos sea, apropiadamente, "No tenga miedo a la

[4] *Supra*, cap. II, "Derechos de incidencia colectiva," § 3, "Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva" y 4, "Algunos ejemplos" y cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6, "Casos." DEBBASCH, CHARLES, "Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXIX, 1973, § 2, p. 101 y ss., p. 105: "La administración está [...] en una situación incómoda. Ella es, en efecto, el lugar geométrico donde se encuentran reivindicaciones contradictorias. Los administrados desatan, ellos mismos, las intervenciones administrativas pero rechazan las limitaciones que resultan. La acción administrativa se encuentra, a la vez, buscada y rechazada. Esta reacción de desconfianza se funda en motivaciones diversas. Los administrados tienen el sentimiento de que las acciones de la administración se desenvuelven en condiciones arbitrarias, que las cargas que ellos acarrean son inigualitariamente repartidas. La función moderna de transformación de la sociedad que pertenece a la administración explica igualmente estos fenómenos de rechazo. Toda proyección hacia el futuro hace soportar cargas a los que viven en el presente. La administración se encuentra, entonces, en una situación en la cual ella no dispone de ningún sostén: los futuros administrados que se beneficiarán de su acción no están todavía allí en tanto que ella debe soportar las oposiciones de los administrados perjudicados por la transformación, los cuales están bien presentes y vigilantes."

[5] Debemos conocer, invocar llevar y mostrar las normas que hacen a nuestros derechos.

autoridad;"[6] pues lo cierto es, sin duda, que se tiene verdadero miedo a la autoridad y muchas veces justificado; más una desconfianza extrema de su compromiso con el interés público en el control de los servicios monopolizados dados en concesión o licencia por el Estado.[7] Ahora bien, el funcionario público o empleado altivo de una empresa concesionaria o licenciataria que nos inspira ocasional temor o distancia, es también un ser humano y como tal influyen sobre él las normas del medio social, las reglas de la psicología y la sociología, etc. Así como en la interpretación y consecuente aplicación de una norma jurídica cualquiera, influyen elementos semánticos, sintácticos, lógicos y sobre todo pragmáticos,[8] tornándose importante en grado sumo la técnica de la argumentación,[9] así también cuando se trata de formular una denuncia ante la autoridad de contralor o ente regulador, o de la preparación de una decisión administrativa o de su impugnación, se torna fundamental saber cuál es el método o la técnica de argumentación apropiada al caso, además de saber cuáles son las notas socio-psicológicas que rodean dicha decisión.

El conocimiento de algunos rudimentos acerca del liderazgo y la motivación en la administración pública y privada con poder monopólico,[10] de la estructura psicológica de las organizaciones[11] y en general de la ciencia de la administración,[12] son elementos para comprender el fenómeno administrativo en su contexto jurídico y poder hacer una eficaz defensa frente a él y quienes utilizan su autoridad.

II. Las actuaciones administrativas

2. *Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación*

Hay algunas diferencias fundamentales respecto de la forma de llevar las actuaciones por la administración y por la justicia. Si acaso, la primera impresión

[6] ZIMMERMANN, THEO, *Keine Angst von Behörden*, Gütersloh, Betterlsmann, 1964. También es cierto que el miedo surge o puede surgir de la ignorancia de los propios derechos. Para combatir esa causa son indispensables los manuales de información cívica, destinados a promover la formación ciudadana, como el excelente trabajo de CAPLAN, ARIEL y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Cuidadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005.

[7] Más los problemas del consumidor. Ver DE LUCCA, NEWTON, *Direito do consumidor. Aspectos prácticos. Perguntas e respostas*, San Pablo, EDIPRO, 2000, 2ª ed.

[8] Ver por ejemplo el análisis de ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 105-146. Más el siempre imprescindible contexto, que ya explicáramos en el cap. I, § 1, p. 3.

[9] ROSS, *op. cit.*, pp. 146-9.

[10] Véase p. ej. MCGREGOR, DOUGLAS, *Leadership and Motivation*, Massachussetts, M.I.T., 1966; *The Human Side of Enterprise*, Nueva York, McGraw Hill, 1960.

[11] Ver LIKERT, RENSIS, *New Patterns of Management*, Nueva York, Mc Graw-Hill, 1961; SCHEIN, EDGARD H., *Organizational Psychology*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1965 y sus referencias bibliográficas.

[12] Ver p. ej. THIEME, WERNER, *Verwaltungslehre*, Ingolstadt, Carl Heymanns, 1967; GOURNAY, BERNARD, *Introduction à la science administrative*, París, Armand Colin, 1966; AUBY y otros, *Traité de science administrative*, París, Mouton, 1966; CIMMINO, SALVATORE, *La organización administrativa en su contexto social*, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

es visual. El expediente administrativo no conoce, como el judicial, el empleo uniforme de hojas de igual tamaño y calidad, ni tampoco el prolijo trabajo del empleado que cose los expedientes; en el procedimiento administrativo los expedientes están perforados y unidos por un simple broche y las sucesivas hojas del trámite, de desigual tamaño y formato, calidad y color, van siendo agregadas en cada oficina en que el acto de procedimiento respectivo se produce, por el simple método de abrir el broche y enganchar allí, perforándolas, las nuevas actuaciones.

Como se comprenderá fácilmente, la desprolijidad, desorden, mala conservación de las piezas del expediente (que aparecen semirrotas en una buena cantidad de casos) y por supuesto suciedad (ya que el expediente es llevado de oficina en oficina, pasando por innumerables manos) son la regla, sobre todo cuando el expediente lleva algún tiempo largo de tramitación —lo que no es excepcional. La pérdida o extravío de expedientes es usual, por lo que resulta absolutamente indispensable pedir[13] y guardar siempre fotocopia de todo, estando listo para reemplazar el expediente cuando no lo encuentren y guardar todavía siempre más copias hasta el final. Olvidarse de este recaudo es exponerse a empezar todo de nuevo. Lo ideal, por supuesto, es que las fotocopias se encuentren certificadas por escribano público, o al menos selladas por la administración,[14] aunque esto resulta algo a lo que la administración no opone sino su desagrado. Pero a veces es mejor incurrir en ese desagrado, pues no faltarán autoridades posteriores que se animen a negar a las fotocopias simples, ni abogados que por imperativo procesal las nieguen en juicio y pongan así en peligro el sustento documental de los derechos del particular.

3. *El trámite de agregación de escritos al expediente*

Pero a esta dificultad estética e higiénica cabe agregar otras más serias: Cada escrito que presenta el interesado con referencia a un expediente en trámite no siempre es automáticamente agregado a él. Tradicionalmente, en efecto, la práctica argentina es que los escritos que los interesados presentan con respecto a un expediente son entregados, no en la oficina en la cual el expediente se encuentra y a la cual se lo dirige, sino a la mesa de entradas de la repartición para que ésta lo remita a la oficina en la que las actuaciones están radicadas. Este sistema quedó

[13] Derecho que reconoce como prexistente el inc. *d*) del art. 3º del decr. 229/00; *Carta compromiso con el ciudadano*: "a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado *y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas*" (el destacado es nuestro); España, art. 35 inc. *a*); nuestro Proyecto de 1964, arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

[14] El art. 3º, inc. *f*), del decr. 229/00 reafirma el derecho "a obtener copia sellada de los documentos que presente y a no presentar aquellos no exigibles." Con igual sentido y algunos matices, este derecho se encuentra normativamente protegido en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires por el art. 39 del decreto-ley 7647/1970 y para la Ciudad de Buenos Aires por el inc. 7.2) del art. 7 y por el inc. 6.1) del art. 6 del decr. 2008/03.

parcialmente derogado a partir del decreto 759/66,[15] sobre reglamento de mesa de entradas, salidas y archivo, cuyo art. V, 15 establecía que "Preferentemente, la tarea de «agregación» será efectuada por el Servicio de Mesa de Entradas; si fuera dispuesta por dependencias internas, éstas darán cuenta de la misma, en el día, al Servicio mencionado, para su registro pertinente."

Posteriormente el art. 25 del decr. 1.759/72 deroga esta regla, estableciendo que sólo el escrito inicial se presenta por Mesa de Entradas; "Los escritos posteriores podrán presentarse o remitirse igualmente a la oficina donde se encuentre el expediente." Igual principio consagró el art. 34 del decreto-ley 7647/70 de la Provincia de Buenos Aires. Se admite entonces claramente el derecho del interesado a presentar los escritos ante la propia oficina en que el expediente se está tramitando, evitando así el engorroso pase por la mesa de entradas.

Sin embargo, a veces los empleados de las reparticiones u oficinas en que el expediente se encuentra desconocen esta norma y, siguiendo la práctica tradicional, exigen que los escritos sean presentados por mesa de entradas. A veces es peor, los agentes públicos consideran que no pueden recibir un escrito en la dependencia en la cual trabajan si ésta no cuenta a su vez con su propia "Mesa de Entradas."

Con ello se llega al paroxismo del procedimiento: Se puede presentar el escrito no necesariamente ante la Mesa de Entradas general, sino ante la Mesa de Entradas singular... si ella existe! La cual, a su vez, no tiene sello fechador, ni computadora, ni otorga recibo, ni tarjeta, sino solamente firma una copia, con fecha y en el mejor de los casos con aclaración.

Llevar un escribano para dar fehaciencia al acto crea rispideces que a veces son perjudiciales para una buena relación comercial.[16] En cualquier caso, la Mesa de Entradas general prefiere que le entreguen los escritos a ella, porque es la única que cuenta con una computadora central en la cual ingresa, a todas las computadoras del sistema, la nota del interesado.[17]

[15] El art. 6.3.6 del decr. 333/85 establece que, respecto de las Mesas de Entradas, Salidas y Archivo, son de aplicación rigurosa las normas fijadas por el decr. 759/66 para Mesa de Entradas, Salidas y Archivo, con las modificaciones que surgen del decr. 1.759/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72.

[16] Pero a la inversa, puede tener sus riesgos a largo plazo no tomarlos, ni dejar constancia escrita de por qué uno se ve obligado a obrar de esta manera, en un país donde todo acto o contrato administrativo termina a la larga, con los cambios de gobierno, siendo objeto de investigación penal, tal como lo explicamos *supra*, t. 1, *Parte General*, cap. VIII,"Relaciones del derecho administrativo," § 7.1,"Relaciones con el derecho penal." La falta de elementos complementarios de prueba será un dato que el juzgado penal tendrá como elemento de sospecha en la relación...

[17] Y si no lo ingresa centralmente, después le argüirán que ellos no tienen fecha cierta en la computadora, olvidando que la recepción del escrito por el funcionario competente, en cualquier oficina, tiene los caracteres de instrumento público que explicamos en el t. 3, cap. VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos." En la mesa de entradas singular no suele otorgarse un número de expediente a cada escrito que se presenta referente a un expediente en trámite, por lo que conviene presentar los escritos en aquélla (si existe) antes que en la mesa de entradas general, con la salvedad de la nota anterior.

Claro está que si el interesado conoce esta norma puede exigir que se lo admitan, pues no siendo así[18] se inicia un procedimiento demasiado ritualista: Al escrito que se presente en la Mesa de Entradas general tal vez le sea agregada una carátula[19] y se le otorgue el trámite necesario para que llegue a reunirse con el principal; es decir, será preciso hacer un pequeño expediente de agregación del escrito. Este pequeño expediente[20] llevará él también su número propio; y cuando finalmente se une al principal, dos cosas pueden suceder: *a)* Una, que se lo agregue a continuación del principal, abrochándolo juntamente con las actuaciones previas —con carátula[21] y todo—; *b)* otra, que se lo acompañe por cuerda floja o simplemente —y es lo más común— suelto: Se los denomina "anexos," "carpetas," etc.[22]

4. *Defectos de foliación*[23]

En el primer caso, o sea, cuando el expediente de agregación del escrito es añadido al principal, se presenta la incongruencia de que ese pequeño expediente, que puede ahora tener varias páginas, puede ser refoliado de dos maneras: Foja por foja hasta el final, o todo junto como unidad.

En el segundo caso es agregado todo, computándolo como si fuera una sola foja.[24] Por ello, si en adelante se desea referirse a la segunda hoja del expediente de agregación, deberá decirse: Fs. 2 del expte. nº... (el pequeño), agregado como fs... del expte. nº... (El principal.) P. ej., si el expediente principal está en la fs. 126 y se agrega un expediente de 15 hojas, el expediente agregado lleva número de fs. 127 y si se agregaran luego nuevas hojas al expediente principal, ellas se

[18] O, en su caso, por no querer incurrir en las eventuales penurias que pudiera infligirle algún juzgado penal de sucesivos gobiernos ulteriores munidos de vindicta pública contra un gobierno anterior. Ver *infra*, § 11.4 *in fine*.

[19] El reglamento nacional de mesa de entradas dispone lo contrario, con buen criterio, pero lamentablemente no se lo cumple cabalmente en la práctica. El art. V. 20 dispone que "Cuando se reciba un escrito de cualquier índole que se refiera a un expediente en trámite en dependencias internas, debe registrarse como «Corresponde» del mismo y sin carpeta ni providencia se remitirá para agregarse a sus antecedentes."

[20] Que se denomina "Corresponde" y se abrevia usualmente "cde.;" ha sido "suprimido" por el decr. 1883/91, pero no ha desaparecido empíricamente del todo.

[21] El reglamento nacional de mesa de entradas dice en su art. V. 15, segunda parte: "Toda carpeta o portada de un expediente agregada a un principal deberá ser conservada en el cuerpo de las actuaciones."

[22] Por el reglamento nacional se "*debe*" usar la palabra "anexo" y "agregado sin acumular," "*suprimiéndose*" el empleo de las expresiones "Acumular sin Agregar," "Agregar por Cuerda Floja" y "Por Cuerda Separada," punto V. 12. Ver también decr. 1.759/72, art. 10.

[23] Cabe resaltar que en la provincia de Buenos Aires esta cuestión se encuentra regulada por los arts. 42 a 47 del decreto ley 7647/70 y en la Ciudad de Buenos Aires en el art. 11 del decr. 2008/03; ver también sus arts. 7, inc. 2º), 11, inc. 2º, 12 y 13.

[24] Así lo ordena el reglamento mencionado, cuyo art. V. 12, párr. tercero, dice: "Los expedientes y demás documentos de una o más fojas que se agreguen a otro conservarán su foliación original, pero serán considerados como una sola foja a efectos de integrar el expediente principal." El art. 11 del decr. 1759/72 sólo dice que "continuarán la foliatura de estos."

numerarían fs. 128, 129, etc., incluyendo así al expediente principal, sin cambiar la foliación,[25] las quince hojas del expediente agregado.

Supóngase que el administrado se vea precisado a presentar varios escritos en el transcurso de un mismo procedimiento (p. ej. sucesivas denuncias en un expediente en que se pide la caducidad de una concesión o licencia por violación sistemática del pliego y de las condiciones de calidad del servicio) y se podrá formar una idea de cómo puede quedar de desordenado y complicado el expediente.

En el segundo caso (cuando el expediente de agregación se frustra y queda como un agregado suelto), la situación es relativamente más fácil, pues uno citará directamente el número de expediente de agregación. Pero no se puede tener ninguna seguridad de que ello será siempre así: Si alguna oficina dispone una refoliación o reordenación de las actuaciones —lo que se suele hacer con alguna frecuencia y en ocasiones más de una vez en un mismo expediente—,[26] entonces el expediente de agregación perderá su número y será necesario ubicar el escrito dentro de la nueva refoliación, para poder citarlo por ésta en adelante. Y no digamos nada de las refoliaciones en que —lo hemos visto— el empleado afirma "no haber seguido el orden cronológico para ordenar mejor las actuaciones." La desprolijidad en ocasiones se traslada a la justicia administrativa y hemos visto autos en que el magistrado suscribe a fs. 40 que el auto debe notificarse en el domicilio constituido a fs. 46; pues obviamente ha resuelto foliar primero su decisión y luego la petición de la parte en cuyo domicilio notifica.

Como diría el cómico Dave Barry, "No estoy inventando esto." Si eso ocurre en la justicia, fácil es imaginar que tampoco a un juez le impactará demasiado la desprolijidad administrativa. Pero hay algo que la administración hace mejor que la justicia y es agregar los anexos después del escrito, no antes de él como se hace en tribunales.

5. *La precaución de guardar copia de los escritos y documentos*

Hay así una precaución fundamental al presentar escritos a la administración o sus concesionarios o licenciatarios: Guardar copias —siempre, siempre guardar copias, con el sello de "recibido," firma y fecha— y cuando deba referirse a sus escritos anteriores, acompañar copia de la copia sellada; es mucho más fácil que seguir los pasos siempre cambiantes de un escrito en el procedimiento administrativo; si va a una entrevista, llevar otra vez fotocopias de todos los originales sellados o sus fotocopias, certificadas por escribano público. Por iguales razones es también aconsejable guardar más de un juego de fotocopias de la documentación

[25] El art. IV.11.3 del reglamento nacional de mesa de entradas establece en este sentido que "Por ningún motivo podrá ser alterada la foliatura de las actuaciones, las que se conservarán hasta la finalización del trámite y período de archivo. Los errores deberán ser salvados en la foja erróneamente numerada."

[26] Esta práctica era bastante común hasta hace unos años. El decr. 759/66, ya mencionado, intenta suprimirla al prohibir la refoliatura. El decr. 1759/72 no dispone nada al respecto.

acompañada: Normalmente dicha documentación no se extravía del todo ("nada se pierde, todo se traspapela"), pero cuando ello ocurre, si el particular no tiene ningún otro medio probatorio, la pérdida es irreparable. Más aún, hemos tenido profesionalmente casos verdaderamente esotéricos: La administración pública querella a un particular por supuesta apropiación de un expediente público. La contestación fue indicarle a la administración la repartición, direcciónj exacta, piso y oficina, en cuya caja fuerte estaba el expediente, y de paso agregar copia del expediente supuestamente extraviado. Entonces la administración hizo desaparecer ella misma el expediente, obligando a su reconstrucción en sede penal llamando el juzgado a los firmantes del expediente para que reconocieran las fotocopias que por nuestra parte acompañamos. Con lo cual tenemos un expediente reconstruido en sede penal, por fuerza de las circunstancias; tarea que se hubiera complicado si no hubiéramos tenido la precaución de tener copias.

Otra vez nos pasó una experiencia distinta, pero igualmente hilarante: Un tribunal de justicia al cual pedimos préstamo del expediente administrativo para fotocopiarlo, resolvió fotocopiarlo de oficio para tutelar la guarda del expediente, y nos entregó entonces copia certificada judicialmente. Cuando, años después, se aprestaban a dictar sentencia en contra de mi cliente, tuvieron que pedirme que por favor les prestara mi fotocopia certificada porque habían perdido el original...

Por ello y porque no siempre es legible la fecha del sello fechador de la mesa de entradas, es conveniente poner fecha a los escritos, e incluso numerarlos, para control propio y en ciertos casos para orientación de algún atribulado asesor que deba dictaminar en el expediente.

6. *La impulsión personal de las actuaciones*

La teoría es que la administración impulsa de oficio el expediente y que el particular no puede impulsarlo; la práctica es que la administración se demora en cada etapa procedimental mucho más tiempo del que se necesita y que el particular solamente puede contribuir a acortar en alguna medida ese tiempo, con su insistencia constante. Asimismo también ocurre en la justicia. Son dos burocracias harto equivalentes.[27]

Esto requiere una gran dosis de paciencia, perseverancia,[28] tacto y prudencia: No aconsejamos necesariamente el sistema, pero es el que suele funcionar con un

[27] Hemos tratado de mostrar algunos aspectos organizacionales, delegativos, etc., que son comunes a ambos tipos burocráticos. Sin duda pueden mostrarse muchos más. Ver nuestras glosas en el libro de Nieto y Gordillo, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86-91.

[28] Estas dos cualidades son harto importantes para contrarrestrar el agotamiento que la administración produce en el administrado, ver al respecto Barbarán, Josefina, *El agotamiento del administrado, LL*, 2005-E, 1120; en igual sentido Bonina, Nicolás, y Diana, Nicolás, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009, p. 39; Rodríguez Prado, Julieta, "La conducta del administrado no es indiferente para la Justicia," *LL, Sup. Adm.*, 7 de agosto de 2009, p. 35.

grado apreciable de eficacia. Requiere una perseverancia propia de un vendedor de libros a domicilio. Va de suyo que no nos referimos a los casos en que el interesado puede obtener influencias de tipo personal, político, etc., para "hablar" a los funcionarios encargados de la tramitación o decisión del asunto. (Aunque jueces hay que necesitan que se les "hable," respetan al que va a "hablar" y desprecian al que no "habla" y sólo espera una decisión justa.)[29]

El sistema que hemos visto funcionar requiere una personalidad especial; usualmente, la de un abogado, procurador, persona experta en relaciones públicas o que sin serlo tenga suficientes dotes de cultura, presencia y trato. La técnica es la siguiente: Averiguar primero en la mesa de entradas de la repartición dónde se encuentra el expediente; conocido este hecho, averiguar (preferiblemente a través de un ordenanza a quien a su vez no se habrá de dar lugar a inquirir sobre el interés de la pregunta, so pena de ser alejado), dónde se encuentra tal oficina; acudir directamente a la oficina en cuestión y apersonarse al funcionario que la tenga a su cargo.

En lo posible, siempre acudir al jefe de la habitación u oficina,[30] no a sus empleados, a fin de preguntarle muy respetuosa y agradablemente, pero sin ningún tipo de humildad, si es que efectivamente el expediente tal se encuentra en su oficina. Obtenida la respuesta afirmativa[31] y luego de hacer toda clase de manifestaciones comprensivas del enorme recargo de tareas que seguramente el funcionario tendrá, inquirirle con igual o mayor dosis de cordialidad y amabilidad cuándo estima él, aproximadamente, que podrá haber un pronunciamiento, dictamen, informe, etc., con el cual el expediente sea despachado de dicha oficina. La respuesta, luego de instantes de duda, será posiblemente "quince días," si la oficina no está con recargo de tareas; "un mes," si lo está un poco; "tres meses," si lo está mucho. Si le dicen "seis meses," el interesado pondrá cara de preocupación y se lamentará —nuevamente sin humildad pero sin agresividad— de los perjuicios que eso podría causarle y solicitará si existe posibilidad de que haya una decisión más pronto. Cualquiera que sea el tiempo que le hayan indicado, el interesado lo anotará cuidadosamente junto con el nombre del funcionario y el de su oficina[32] y, uno o dos días después de transcurrido exactamente el término

[29] Nos encontramos nuevamente ante otro ejemplo de lo que ya advirtiéramos desde 1982, la existencia de una administración paralela a la formal, en la que el interesado, por el mero hecho de aceptar y conducirse bajo el respeto a las reglas formales, corre el riesgo de salir perjudicado o ser sancionado, en este caso, con un desprecio menos que conveniente. Ver *La administración paralela*, *op. cit.*, cap. III, § 3, pp. 97-99.

[30] Nuevamente, este es un tipo de habilidad profesional, mezcla de relaciones públicas, vocación de actor, cuántos componentes más. Los abogados que han de sobrevivir en la lucha por la vida necesitan desarrollarlas, como simple cuestión de supervivencia.

[31] Pues para eso preguntó antes en Mesa de Entradas y si en la oficina que ahora está le dicen que vaya a Mesa de Entradas a averiguarlo, hace que va y vuelve cinco minutos después a decirle: "Me dijeron que todavía está aquí."

[32] Esta información no sólo resultará de suma utilidad al vencimiento de dicho plazo, sino que puede terminar por convertirse en la piedra fundamental de la primera faz del procedimiento de-

anunciado por el funcionario, se apersonará nuevamente a él a inquirirle si el asunto ya fue despachado.

Desde luego, todo esto puede suponer varios entreactos; ir y no encontrarlo, dejar dicho que lo llamen y no ser llamado, volver a ir y pedir nuevamente encontrarlo, finalmente encontrarlo; todo ello ha de ser realizado indispensablemente, para el éxito de este tipo de sistema de "impulsión," con las cualidades señaladas al comienzo: Paciencia, perseverancia, cortesía. Otro entreacto que va supuesto en esta pieza teatral digna de ARISTÓFANES, es preguntar regularmente en la Mesa de Entradas durante el período de espera si el expediente fue despachado de la oficina pertinente. No juzgamos el sistema: Solamente decimos que existe y que quienes reúnen las condiciones para utilizarlo y lo hacen, suelen tener éxito con él. Una forma mucho más agresiva, sin ser irrespetuosa, de seguir este procedimiento, es de llamativo interés. Se trata de acudir con un escribano público,[33] el cual labrará un acta, dejando constancia de la pregunta del particular y de la respuesta del funcionario acerca del tiempo aproximado en que el expediente será despachado. El funcionario quizá la firme en la primera oportunidad: Cuando al vencer el primer término indicado vuelven otra vez peticionante y escribano, es una situación difícil para el funcionario. Él no puede desconocer su promesa anterior, ni tampoco informar que ha dictado decisión o producido el informe si esto no es cierto. Por tanto no tiene más remedio que decir que no ha hecho lo que prometió hacer. Firme ahora o no firme el acta, lo cierto es que la negligencia del funcionario y de la administración quedan bastante claramente configuradas y en principio probadas.[34] Ello permite también iniciar las vías de denuncias y reclamos, de considerarse que éstas deben ser utilizadas en el caso. También puede hacerse, desde el inicio, un amparo por mora, aunque la administración, así compelida, resolverá negativamente lo peticionado. Otras veces el problema se presenta mucho antes, porque en la mesa de entradas se niegan a entregarle dicha información,[35] por no ser el interesado directo, o no traer el documento, la

fensivo de naturaleza informal que se verá *infra* § 9, "La individualización."

[33] Que si bien generalmente da fe de *actos jurídicos* pasados en su presencia, muchas veces también la da de *hechos* pasados en su presencia.

[34] Si bien el notario no da fe pública del hecho pasado en su presencia, al menos es un testigo altamente calificado, lo cual es generalmente admitido como prueba suficiente. Conviene tener presente que el método es duro, ya que pone en jaque al funcionario.

[35] El decr. 229/00, a nivel normativo, es correcto en su art. 3º inc. *a*), "Derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional," inc. *b*), "Derecho a ser asesorado sobre los trámites y requisitos que debe cumplir en sus actuaciones ante la Administración," inc. *d*), "Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas." En igual tendencia: España, art. 35 incs. *a*) y *g*); nuestro Proyecto de 1964, art. 236 inc. 1º) y arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3º incs. I) y II), art. 46; Perú, art. 55 incs. 3º), 4º), 5º) y 8º), art. 118 incs. 2º) y 5º), arts. 155 y 160. Por su parte, el reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexo VII del decr. 1172/03), puntualmente reconoce en su art. 6º que "Toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar

partida de nacimiento o lo que la ignorancia del empleado pueda concebir como necesario para atenderlo o darle información. En estos casos hay que recordar los principios de cualquier manual de ventas: "La venta empieza cuando el cliente dice que no" y "No tome «no» como respuesta;" adoptar el criterio de que la gestión administrativa comienza cuando el empleado dice que No al pedido de información que se le formula. Otra variante es estudiar relaciones públicas, o encontrar la persona con la personalidad apropiada para encomendarle a ella la gestión. En mi experiencia profesional frecuentemente se busca el perfil del abogado o abogada que pueda dar mejor con el perfil del funcionario al cual hay que dirigirse para hacer la gestión. A veces es necesario explorar el organigrama de la institución para ver si hay algún conocido que pueda guiarnos por los pasillos mentales de la repartición.

La suave, cordial, respetuosa, pero insistente y pesada reiteración del pedido, de los argumentos para que se lo provean; la contestación de todas las argumentaciones que le puedan dar para negárselo; la permanencia física frente al empleado todo el tiempo que se necesita, terminan casi siempre por vencer su resistencia. Él opta por la línea del menor esfuerzo. Generalmente es menor esfuerzo decir que no; se trata entonces de demostrar que le demandará mucho más esfuerzo decirle que no, pues es seguir aguantando su pedido y su argumentación —siempre respetuosa y cordial, pero siempre firme e insistente— y seguir en suma soportando su presencia, que darle la información requerida. Lo mismo es aplicable a los jefes del empleado de que se trate.

El problema es quién aguanta más: El empleado diciendo que no, o el particular repitiendo distintas razones para que le informen, esperando, insistiendo, volviendo. Como el empleado tiene otros problemas y el particular en el momento ese solo, su paciencia sumada a la indispensable habilidad que debe desplegar generalmente le dará resultado. Y si el empleado se enoja, entonces puede a su vez iniciarse el procedimiento de reclamos, recursos y denuncias que mencionamos en otro lugar.[36] Este despliegue de paciencia tiene sentido con la administración pública. Si se trata de un concesionario o licenciatario, hay que hacer al revés y presentar notas de queja o reclamo ante la autoridad regulatoria independiente, o ente regulador de que se trate y seguir su trámite ahora sí administrativo *stricto sensu*, pidiendo sanciones para el concesionario o licenciatario y asegurándose de que se produzca una decisión. Cuando corresponda, puede ser de interés reclamar también por el cumplimiento del art. 8º del decr. 29/00.[37]

derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado." Tampoco puede exigirse al solicitante el propósito de su requisitoria, art. 11, decreto citado. Ver también Kusinsky, Darío E., "Cuando la Justicia sí funciona: Un caso sobre información pública," *LL, Sup. Adm.*, 12-IX-08, 18-21; Martínez Garbino, Carolina, "Acceso a la información pública bajo el prisma judicial," *LL*, 2009-B, 417, y "Acceso a la información bajo el prisma de la Administración," *LL, Sup. Adm.,* 26-V-2009.

[36] *Infra,* t. 4, *El procedimiento administrativo.*

[37] "Los Entes Reguladores de servicios públicos concesionados o prestados por terceros, podrán acordar con las prestadoras la adhesión de las mismas al Programa."

Una advertencia final: Debe distinguirse la información a proporcionar por la Mesa de Entradas misma, de la información que proporcionarán las oficinas respectivas en que el expediente se tramita. El funcionario de mesa de entradas solamente puede informar acerca del trámite tenido por el expediente: En qué oficinas ha estado y está, con qué fecha entró; más, no puede informar, por la sencilla razón de que no dispone de esa información, al no estar el expediente en su oficina ni tener registrado su contenido.

III. Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias

7. *Diferencias entre los recursos y los reclamos y denuncias: La necesidad de personalizar*

En los recursos contra un acto administrativo o en un "reclamo impropio" contra un reglamento administrativo, hay reglas de estilo que luego veremos. En cambio, cuando no tenemos todavía una decisión sino que estamos tratando de lograrla, la cuestión varía. En las peticiones, los reclamos y las denuncias la situación es distinta pues se trata de hechos u omisiones en que ningún órgano administrativo asume bajo su firma y sello la responsabilidad de expresar formalmente la voluntad o el deseo de la administración. En tales situaciones a veces no existe una voluntad del agente manifestada en cuanto órgano del Estado, sino en cuanto mera expresión de veleidad, capricho o arbitrariedad personal; o real y simplemente no existe decisión ni voluntad alguna. Quien quiera que sea el autor de la lesión u omisión, se escuda bajo la impunidad aparente que otorga la impersonalidad del aparato burocrático; es allí necesario quitarle el caparazón protector, suprimirle la despersonalización de que goza o cree gozar, sacarlo a la luz y aislarlo como individuo o persona, para reclamar luego ante un superior jerárquico mediato de su hecho u omisión.[38]

8. *Alcances de la personalización*

Perzonalizar no significa hacer manifestaciones hirientes, agraviantes, etc., respecto del funcionario. Eso es siempre inútil o contraproducente. La dignidad y mesura no debe perderse casi nunca, aunque más no sea en aras de la efectividad de las propias acciones. La personalización debe hacerse pues con toda frialdad y tenacidad: Con la frialdad y tenacidad del que se ha fijado a sí mismo un objeto limitado y concreto en su dimensión momentánea, pero trascendente en su significado final.

No se persigue al funcionario por él mismo; no es por venganza del hecho que se ha sufrido, para hacérselo pagar en su persona; es, por lo contrario, para buscar

[38] WADE, H.W.R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 20: "el agente público, desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día."

a través del ataque a su persona, la corrección de su hecho u omisión. Logrado el objetivo, puede cesar el ataque a la persona. Por ello mismo, el ataque o impugnación concreta a la persona del funcionario sólo es un medio directo de lograr que ella o su superior corrijan el hecho u omisión dañosa; si no está en manos de uno ni el otro corregir el hecho dañoso, entonces es pérdida de tiempo y desgaste de energía, además de injusticia notoria, hacer ataques personales. El ataque es un modo de acción al cual debe recurrirse recién cuando los medios "normales" han demostrado inutilidad; de lo contrario, se puede obtener un resultado contrario al buscado, por haber sido demasiado agresivo en las peticiones.

Sólo cuando la paciencia y la sonrisa no han conseguido el resultado esperado o debido; cuando están agotadas las vías de la prudencia y de la respetuosa insistencia, sólo entonces se justifica acudir a medios un poco más imperiosos de comportamiento.

Reiteramos, pues, a modo de advertencia formal a los no iniciados en el trámite ante la administración, que no se debe adoptar una posición sistemáticamente agresiva ya que ella es tan inútil y contraproducente como su extremo opuesto, no pedir o reclamar nada.

9. *La individualización*

Antes de poder personalizar un ataque es necesario individualizar a la persona que nos ha lesionado. Por nombre y apellido, número de legajo o de chapa y cargo que ocupa en la repartición.[39] El individuo lesionado por la conducta de cualquier empleado de la administración, sus concesionarios o licenciatarios, tiene el derecho de preguntarle su nombre, apellido y cargo: Es lo más que dan los soldados prisioneros en tiempo de guerra,[40] es lo menos que puede dar el agente público —y más un empleado de un prestador monopólico— en un estado democrático.

Preguntarle a éste aquellos datos y anotarlo en su presencia, es la primera faz del procedimiento defensivo de naturaleza informal que ahora pasamos a explicar. Si se trata de un agente de tránsito o de policía, no ha de contentarse el habitante con pedirle el número de chapa y anotarlo. Debe pedirle también su nombre y apellido y oficina concreta en la cual se desempeña para una completa individualización.

Si se niega a dar sus datos, entonces debe el particular anotar sus señas físicas y el lugar preciso, día y hora concreta en que tiene lugar la negativa del agente a individualizarse, a fin de —en el escrito pertinente— efectuar el reclamo y añadir a sus agravios uno más, la negativa del agraviante a individualizarse. Por ello

[39] Este principio lo reconoce claramente el inc. *e*) del art. 3º del decr. 229/00, que reafirma el "*Derecho a identificar a las autoridades y personal que tramitan los procedimientos* y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda," el destacado es nuestro; España, art. 35 incs. *b*) y *j*), art. 41; Perú, art. 55 incs. 9º) y 12).

[40] Así decía un reglamento militar estadounidense instruyendo a sus soldados que cayeren prisioneros del enemigo: "*Name, rank, and serial number.*" (Nombre, rango y número de serie.)

hay que tener siempre la perspicacia para detallar con la mayor precisión posible los detalles de la situación, lo cual requiere también anotarlos de inmediato.

Y no ha de permitirse en esto que el empleado se salga con la suya cuando no ha querido identificarse: El escrito debe en tal caso dirigirse a la máxima autoridad de la repartición, señalando el hecho, día, lugar y hora y descripción física de la persona y pidiéndose le exprese su nombre y apellido a fin de iniciar, en su caso, las acciones pertinentes contra dicha persona. No será fácil a los funcionarios de la repartición no hacer lugar al reclamo, si uno persiste en él.[41]

10. *La desmitificación*[42]

En la relación personal del individuo con el funcionario público se da con frecuencia una especie de juego en el cual casi siempre pierde, innecesariamente, el particular. Funcionario e individuo tienen a veces supuestas cartas ocultas que el otro desconoce, pero teme; el clásico "¿Usted sabe quién soy yo?" ya gastado y viejo, es un buen ejemplo de ello; una variante menor, también algo gastada y debilitada pero no del todo inútil, es la de adelantarse en relaciones críticas a identificarse como abogado. Más de un individuo, ante la amenaza directa o indirecta de ser llevado "a la comisaría" por un agente policial, disuelve en el aire esa carta contraponiéndole la de que es abogado, contrastando así supuestas o reales "acciones" o "querellas" con cuyo anuncio logra fácilmente evitar el ser "llevado a la comisaría;"[43] la privación ilegítima de la libertad, p.ej, no es excarcelable: Un policía lo sabe y tratará de no encuadrar en este tipo procesal penal. Pero este juego lo emprenden pocos particulares: Algunos —ni siquiera todos— abogados, altos y medianos funcionarios, falsos o reales influyentes.

El resto de los habitantes suele creer que las cartas que el funcionario tiene en su manga son demasiadas como para intentar oponérsele "persona a persona." Sin embargo, el funcionario que tanto poder tiene, lo puede hacer aparecer como mágico solamente en la medida en que se mimetiza con la administración y se identifica con el mito de la administración todopoderosa. Pero ocurre que también

[41] Para ello conviene tanto hacer un escrito por expediente, como asimismo pedir el libro de quejas que debiera existir según el inc. *e*) del art. 5º del decr. 229/00. Si el libro no existe, hay que hacer un amparo para que lo creen. El avance, si se pudiera decir que existe, es milimétrico. Así el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, dictó la res. 1592/06, implementando el Libro de Quejas. No hemos intentado verificar personalmente si el libro realmente existe y es de fácil acceso, o no. Es el cansancio del administrado a que nos referimos en otro lugar.

[42] Acá nos referimos a la desmitificación del funcionario como poderoso, pero hay otra desmitificación más sistémica, que es la que hacen Bonina, Nicolás, y Diana, Nicolás, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino, op. cit.*

[43] La cual siempre es una amenaza falsa, con tal que el individuo mantenga la calma y la compostura y le recuerde respetuosamente al agente que de "llevarlo" contra su voluntad cometería delito de privación ilegítima de la libertad. Ver también lo que decimos *infra*, § 11, "El ataque: la mejor defensa."

él, en su indispensable simulación en la lucha por la vida,[44] necesita "no tener problemas"[45] para medrar en su puesto y ascender. Ésa es su fuerza y su debilidad; es su fuerza, pues por definición vital juega inconscientemente el simular frente al particular tan fuertes cartas "ocultas" que éste no atinará a reclamar de su inconducta, su omisión o su negligencia; es su debilidad, ya que el primer hombre que esté dispuesto a jugarle toda la partida inevitablemente se la gana. Es que el administrador medio, sea agente de policía, jefe de mesa de entradas de la repartición, director general, abogado que debe dictaminar o funcionario que debe decidir, es un ser humano como todos los demás, aunque su contraparte lo olvide. Tiene por igual su problema de que el sueldo no le alcanza, aspiraciones materiales que no puede concretar, problemas familiares y de la vida de relación. Seguramente padece de un jefe que no lo valora lo suficiente y un puesto jerárquico que no alcanzó a pesar de creer merecerlo. Y fundamentalmente, es de todos modos una persona acostumbrada a la molicie de las altas calificaciones administrativas, en que una suspensión por dos días, o un apercibimiento son sanciones que sólo reciben por lo general los ordenanzas y demás personal de maestranza; en que un 9.70 es una denigrante nota,[46] pero en que una cesantía o "prescindibilidad" alcanza a cualquiera sin completas garantías de sumario y a veces sin él.[47] Es, por ende, la persona que dentro de la administración pública no se siente comprendida ni valorada, se sabe no protegida[48] y a merced de la veleidad y el capricho de sus superiores. Es la persona que frente al particular se identifica desesperadamente con la maquinaria burocrática. Invoca órdenes

[44] Es ésta una clasificación que le faltó a Ingenieros, José, *La simulación en la lucha por la vida*, Buenos Aires, 1954, pp. 113-24, cuando hablando de los "simuladores por adaptación al medio," "aquellos cuya aptitud para simular en la lucha por la vida es determinada o acentuada por las influencias del medio sobre el individuo," habla del "simulador astuto" y del "simulador servil;" agregaríamos aquí al "simulador autoritario:" Ése es el empleado y funcionario público por antonomasia, en cuanto el medio en que se desempeña acentúa su necesidad de simular y precisamente simular autoridad, en la lucha por la vida administrativa.

[45] "Su obligación es mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz." "El ministro estará constantemente bajo fuego, respondiendo por todas las actividades de su departamento y la primera obligación de sus funcionarios es no crearle más problemas:" Wade, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 20.

[46] No es exageración: En muchas reparticiones se califica con diez en todos los rubros, haciendo las gradaciones alrededor del 9.80, 9.85, 9.90, 9.95, etc. Se aprendería mucho utilizando los sistemas de calificación de los organismos internacionales, cuya utilidad se advierte en todos los tribunales administrativos internacionales que hemos integrado o integramos.

[47] Los regímenes de "prescindibilidad," etc., han servido en la práctica para cometer abusos y arbitrariedades, aumentando así la inseguridad del funcionario frente a la administración. El tratamiento del tema puede verse en el t. 1, cap. XIII, "Agentes públicos," § 10, "La estabilidad del empleado público."

[48] De esto no hay duda alguna; ya Bielsa señalaba hace más de medio siglo que así como el funcionario abusa de los particulares, así también abusa de él la administración. Ni una cosa ni la otra, por cierto, es admisible. Ver también la nota precedente.

superiores, reglamentaciones generales, instrucciones precisas o falta de ellas según convenga.[49]

Todo eso es falso; ese individuo está tan sólo protegiendo su puesto y su carrera de la manera que entiende adecuada: No tener problemas. Por lo tanto, nada más grave para ese funcionario que aquello que quiebre su caparazón de anonimato, que lo exponga como "problema" ante sus superiores. Claro está, una sola queja o denuncia personal contra él no lo destruirá ni mucho menos: Pero él bien sabe que la acumulación de varias lo perjudica irremediablemente en su carrera. Es el hombre, por ende, sin personalidad propia fuera del contexto de la impersonalidad administrativa en la cual se siente fuerte, frente al particular aislado. Sacarlo de esa despersonalización, exponerlo como individuo frente al ente amorfo del que es parte, es hacerle la más aguda y profunda agresión jurídica.

11. *El ataque: La mejor defensa*

11.1. *La posible derivación judicial. Remisión.*

Por lo expuesto, amenazar a un funcionario público con una acción judicial provocará su indiferencia, oculta hilaridad o reflexión mordaz: En el mejor de los casos, el juicio va contra la administración, no lo toca a él.

Al menos, claro está, que el abogado sea lo suficientemente hábil en su planteo judicial y el sorteo le otorgue un juez igualmente creativo. Puede así ocurrir que en el trámite de un pedido de medida cautelar el magistrado convoque una audiencia a la que cite al actor y al funcionario responsable del acto u omisión, fijándole a este último en ese mismo acto una multa personal diaria modesta, de p. ej. $ 50, a favor de la parte actora, para el caso de inasistencia. Lo explicamos más abajo en el § 11.5. En ese caso al funcionario se le borrará tanto la indiferencia externa como la mordaz sonrisa interior.

11.2. *En sede administrativa*

Amenazar con un recurso jerárquico o de apelación, o con la reclamación a sus superiores, provoca la indiferencia y el encogimiento de hombros: "Haga lo que quiera;" realmente le es indiferente lo que decida la administración, dentro de la cual sigue en el anonimato.

Amenazar con un escrito pidiendo para él sanción disciplinaria de apercibimiento o suspensión[50] puede comenzar a preocuparlo, sobre todo si más que una

[49] Es decir, fingiendo una autoridad plena como mera expresión concreta e individual del total del aparato coactivo del Estado.

[50] No conviene exagerar pidiendo cesantía o exoneración, por más grave que sea la falta: Es preferible pecar de prudente, para no despertar excesivo recelo de la administración y la posible reacción fundada en el espíritu de cuerpo, que preferirá entonces protgeger al denunciado antes que dar curso a la denuncia.

amenaza colérica, es un frío anuncio de alguien que está simplemente dispuesto a tratar de causarle la molestia.

Lo cual no es en absoluto torpeza, sino sabio consejo de SÉNECA,[51] que parafraseado aquí ha de leerse; "para que corrijas tu hecho, haré que te castiguen, aunque con ello no solucione yo este problema que ahora me causas." Si logra transmitir al funcionario la certidumbre de que guiará su conducta por esa máxima, es posible que consiga también la corrección del hecho.[52]

Los escritos pidiendo sanciones para un funcionario deben guardar al máximo las reglas de prudencia, mesura, etc., que más adelante exponemos; no por temor a represalias sino porque eso es lo que más eficacia les confiere.

Deben además presentarse varios grados jerárquicos más arriba del funcionario causante del agravio, a fin de evitar caer dentro de la misma oficina en que la omisión o acción negligente o dañosa ha sido cometida, donde podrá ser encubierta por un jefe inmediato ligado al inferior por lazos de amistad, compañerismo, solidaridad, compasión o comprensión.

La fría denuncia debe dirigirse a un frío funcionario superior,[53] que dará curso al escrito pidiendo información al jefe inmediato de quien motiva la denuncia; esto es el nacimiento de un expediente y un "expediente" es toda una institución administrativa que aunque ande lento, lo guarden en un cajón, o lo desvirtúen, nunca lo destruyen por ser precisamente un mito y un tótem;[54] ese mito existente realmente, es en sí amenaza suficiente para un empleado medio o mediocre y para un jefe similar. Como dijimos antes, una sola denuncia o un solo expediente contra un funcionario no lo afectan excesivamente; pero más de uno ciertamente lo despersonalizan de la impersonalidad administrativa y lo tornan blanco de observación, perjudicándolo en su carrera aunque no desemboquen necesariamente en sanción jurídica concreta y actual: Lo importante es que estas consecuencias ya son sanciones morales y sociales, sobre todo sanciones que al funcionario le importan subjetivamente. Por tanto son sanciones efectivas, desde un punto de vista material.

[51] Dice SÉNECA: "el sabio no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero;" "No castiguemos porque se haya pecado, sino para que no se peque. La pena se impone siempre mirando a lo venidero, nunca a lo pasado; no es obra de la ira, sino de la previsión." En igual sentido expresa posteriormente NIETZSCHE: "*Der Weise straft nicht, weil schlecht gehandelt worden ist, sondern damit nicht schlecht gehandelt werde.*" El aforismo, válido para casos individuales, es de máxima importancia para la sociedad en su conjunto.

[52] Es el civismo jurídico a que hace referencia, GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274.

[53] Secretario de Estado, Ministro o Jefe de Gabinete; en un ente descentralizado, al presidente o gerente general; al Intendente. En los servicios privatizados, al ente regulador. Después hay que seguir el trámite, escribir a las asociaciones para interesarlas en la cuestión, etc.

[54] Esta comparación la han tomado y desarrollado, para todo el derecho administrativo, BONINA y DIANA, *op. cit.*

11.3. *En la opinión pública*

Más conocida, pero no bien usada, es la técnica de las solicitadas periodísticas, entrevistas (que, claro esta, es necesario gestionar y no siempre es fácil obtener), artículos de fondo (no siempre gratuitos, lamentablemente), o del envío a la prensa de cartas de lectores, copias de telegramas o escritos de denuncia, con lo cual se logra el mismo objetivo de su publicación, en caso que la denuncia sea de interés. La publicidad por la prensa tiene mayor efecto pero, también, implica jugar fuerte con una administración que, bueno es recordarlo, es autoritaria: El fino sentido de equilibrio es por lo tanto indispensable. En todos los casos, desde luego, el efecto está en sindicar a una persona determinada y preferiblemente no al ministro y menos al presidente.[55] Si bien la publicidad por la prensa no tiene necesariamente un resultado directo, puede despertar una serie de críticas similares y eventualmente desatar una corriente de opinión que el gobierno no pueda ignorar:[56] Es esta posibilidad y este peligro lo que usualmente hace a los funcionarios precaverse contra un crecimiento de quejas o denuncias y tratar de calmar los ánimos, si esto es posible. A veces resulta eficaz la simple amenaza de llevar un asunto a los diarios, o la remisión a ellos de cartas, etc.

11.4. *En el ámbito penal*

Finalmente, el arma más temible que desde este punto de vista tiene el particular, pero solamente el que actúa patrocinado por abogado, es la de la querella criminal por violación de los deberes del funcionario público, falsedad de instrumento público, etc., según corresponda.[57] El arma la utiliza también la administración contra sus enemigos, no hay razón por la cual los particulares no puedan proceder del mismo modo.

Es un arma temible no porque vaya a conseguirse la condena del funcionario, sino por las implicancias sociales, administrativas y psicológicas que la querella tiene para el funcionario: Psicológicamente, le destruye su sentimiento de impunidad y le infunde una saludable dosis de temor; sociales, por las implicancias

[55] Pues en ambos casos la denuncia puede parecer política y entonces no despertar el interés de la opinión pública, a veces insensibilizada a este tipo de planteos. Y no está demás recordar, tampoco, que nuestra tradición es caudillista e hiperpresidencialista, con una creciente y extraordinaria concentración del poder político y económico en manos del gobierno. federal.

[56] En sentido similar WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 86: "Ustedes pueden preguntarse para qué sirve un perro guardián que sea puro ladrido pero no muerda y que no puede hacer nada sino aconsejar y protestar. La respuesta es, creo, que un fuerte ladrido en esta materia puede desatar jaurías enteras de perros guardianes ladrando y que el ruido pueda rápidamente transformarse en uno que el gobierno pueda encontrar difícil ignorar."

[57] El delito de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos tiene una tipificación tan amplia en el Código Penal, art. 248, que cubre la mayor parte de las acciones u omisiones dañosas de los funcionarios: "el [...] que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere."

obvias que tiene el tener que acudir a citaciones policiales o de la justicia de instrucción en las cuales se investiga su conducta eventualmente criminosa; administrativas, porque ello le obligará a pedir permiso en su empleo, ya sea explicando u ocultando el motivo real del permiso, lo cual en ambas casos le es causa de una situación personal incómoda.

Así como aquí hablamos del procedimiento administrativo en la práctica, cabe recordar las reflexiones empíricas y por cierto con tono irónico de los penalistas: La querella opera socialmente como un sustituto de la condena, el proceso es el castigo que recibe el querellado, y la sentencia final determinando que no hay elementos de juicio suficientes para la condena y que se dicta por ello el sobreseimiento provisional, es la terminación del cumplimiento de la pena.

En cualquier caso, es creciente la inter-relación contemporánea entre el derecho administrativo y el derecho penal, y no es nada extraño que un caso de derecho administrativo termine ventilándose en los estados penales.[58]

11.5. *En la justicia administrativa: Las astreintes personales al funcionario*

A nuestro modo de ver, el mejor equilibrio entre eficacia inmediata y prudencia jusrisdiccional lo brindan algunos (muy pocos, lamentablemente) jueces de primera instancia nacionales y locales que convocan como medida para mejor proveer, por ejemplo antes de resolver sobre una medida cautelar solicitada, a audiencias a las que citan a la parte actora y *al funcionario responsable de la acción u omisión que ha suscitado la controversia,* bajo apercibimiento de aplicarle *modestas multas personales*, ya fijadas en la misma acta de convocatoria, del orden de los 15 dólares diarios, *a favor de la parte actora, para el caso de incomparencia.* Esta *necesidad* de acudir en persona ante el juez a rendir cuentas de su acto u omisión, *delante de la persona por él agraviada en sus derechos,* ha demostrado ser un arma eficacísima del juez para resolver la causa *in limine litis,* por la vía de una suerte de conciliación inducida por el tribunal. Permite también, obviamente, descargar al tribunal de mucho expedienteo que de otra manera hubiera recargado inútilmente al tribunal, sin haber prestado servicio alguno de justicia a la parte.

12. *Por qué la administración es autoritaria*

De lo expuesto se sigue que los funcionarios cometen arbitrariedades y daños, sólo porque los millones de ciudadanos que se enfrentan con ellos no atinan a escindir al gran cuerpo buracrático en sus partes componentes, que son hom-

[58] Como lo explicamos *supra*, tomo 1, *Parte General,* cap. VIII, § 7.1 "Relaciones con el derecho penal;" en igual sentido, además de las otras fuentes allí citadas, Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, esp. § 84, "Criminalización del Derecho Administrativo," p. 77.

bres comunes; y atacar por allí; porque luchan con el cuerpo entero, cuya propia inercia es siempre aplastante, en lugar de luchar contra sus seres humanos de carne y hueso,[59] cada uno de sus indiciduos. Si uno imaginara a cada habitante lesionado por la inconducta de un funcionario, haciendo respetuosos escritos a sus superiores jerárquicos, solicitando "se considere la posibilidad de aplicarle al Sr. X, jefe de tal cosa en la Oficina tal, una sanción de apercibimiento o suspensión, según se estime corresponder, por no haber tratado con la debida consideración" al particular; si uno se imaginara a los muchos miles de abogados que tienen clientes vinculados a la administración, querellando o denunciando al mismo Sr. X, notificando el hecho de la querella o denuncia a la repartición en la cual trabaja, en un igualmente respetuoso y medido escrito y notificando más tarde a la misma repartición el eventual auto de procesamiento "a los fines que estime corresponder," todo podría cambiar.

Si cada uno de los millones de habitantes se impusiera como obligación defenderse no solamente con recursos y acciones, sino también con la mejor defensa: El ataque; si cada uno de esos millones de personas se ocupara de perseguir diligentemente a los funcionarios que cometen arbitrariedades contra ellos, de presentar escritos de denuncias administrativas y judiciales precisos y concretos; de enojarse con rabia ajena, como decía GRACIÁN, persiguiendo despiadadamente al agente público culpable y responsable del hecho dañoso, la imagen podría revertirse.

Por una sola circunstancia de número, el funcionario quedaría avasallado por la presión administrativa, jurídica y política de varias decenas o centenas de administrados que fríamente lo denuncian, una y otra vez, que lo querellan criminalmente; que lo demandan civilmente por daños y perjuicios.[60] En tal caso, más que una tiranía burocrática habría una tiranía del público: La tiranía de un público que exige que se cumplan los preceptos constitucionales y legales y utiliza los medios legales y administrativos a su alcance para cumplir ese objetivo. Si kafkiana es la visión de una administración que sin explicaciones ni razones, en una conspiración de silencio, se impone por su mera inercia en miles de arbitrariedades al habitante, a través de funcionarios anónimos, igualmente kafkiana es la visión que se puede así conjurar de un público, que sin iras ni protestas vehementes, sin explicaciones ni sobornos, en otra conspiración silenciosa, oprime a cada opresor en su propia persona: En su sueldo, en su puesto, en su repartición y en las superiores, en su carrera administrativa, en su nombre y apellido, en su número de chapa o de legajo.

Conjure el público esa visión y obtendrá más rápida y efectiva respuesta a cada uno de sus reclamos. Quien ante la arbitrariedad lo individualiza, lo personaliza,

[59] Por supuesto, sin dejar de utilizar de todos modos las acciones y recursos judiciales procedentes en forma impersonal contra la administración.

[60] Comp., en sentido similar, WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 86.

lo desmitifica y lo ataca personalmente por todos los medios administrativos, penales y civiles, tiene —aun de no lograr solución al problema— la seguridad de haber dejado terreno fértil para que en él sí germine la próxima personalización y ataque concreto que otro venga a hacerle, que puede ser nuevamente él mismo. Una vez más en palabras de SÉNECA "no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero." Y si no, pueden conjurarse hechizos sociales mayores, pues así como la sociología urbana contemporánea trata hace ya tiempo del "cazador urbano" y del "recolector urbano," se han visto invasiones intraurbanas de resistencia a la autoridad,[61] como los cortes de ruta, piquetes de diversa índole, que terminan paralizando la vida urbana. La impotencia y exclusión extremas también se pueden transformar, en condiciones muy adversas, en resistencia masiva e ilegal a la autoridad.[62]

IV. Estilo administrativo

13. *Estilo administrativo y estilo forense*

Toca ahora referirnos al estilo que debe seguirse en la redacción de los escritos a ser presentados ante la administración, trátese de reclamos, recursos, denuncias, o meras solicitudes propuestas, sugerencias, etc. en el ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades públicas.[63] Con los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos monopólicos el estilo ha de ser tanto más duro como lo es la piel de sus agentes.

Hablar de un "estilo administrativo" como diferenciado del "estilo forense" es muy probablemente una exageración.

En realidad, si acudimos a este giro verbal es más que nada para destacar que las reglas usuales del estilo no son de aplicación únicamente en la justicia, como alguien poco experimentado podría quizás imaginar, sino que deben también ser guardadas en el plano administrativo, aunque en este ámbito presenten particularidades propias de un ámbito y una organización humana diferentes. Por supuesto, el estilo es también la persona, así como "el mensaje es el medio." Cada uno debe encontrar su propia voz. En nuestro caso, utilizamos a veces la mordacidad o la ironía.

Por ello, el exponer aquí cuáles son los principios del "estilo administrativo" lo hacemos simplemente para señalar o destacar que ciertos principios del estilo

[61] MERKLEN, DENIS, *Pobres ciudadanos. Las clases populares en la era democrática.* [*Argentina, 1983-2001*], Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 14, 66-67.

[62] Evitemos la exasperación, que puede ser irreparable. La historia argentina contemporánea lo demuestra.

[63] En cuanto a la administración pública nacional, son de aplicación obligatoria y estricta las "Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativos," aprobadas por decr. 333/85. Ver PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, *Manual de Estilo,* Buenos Aires, La Ley, 1998.

profesional forense no varían en su aplicación al procedimiento administrativo, a pesar de que algunos recurrentes así parezcan a veces entenderlo implícitamente, como veremos en las páginas siguientes.

14. *"Falta de estilo"*

Las consecuencias de la "falta de estilo," con todo, son disímiles en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo: En el primero pueden determinar la improcedencia del escrito; en el segundo no, por el citado precepto del informalismo y sólo en casos graves de falta de seriedad o irrespetuosidad grosera y manifiesta, podría llegar a testarse parte de un recurso por tal causa. Desde luego, el testado no es un mero hecho que pueda realizarse directamente, sino que en el acto por el cual se resuelve el recurso o reclamo deberá ordenarse el testado de las partes pertinentes.[64] Por lo demás, en el procedimiento administrativo no pueden devolverse o rechazarse por Mesa de Entradas los escritos, por falta de estilo o de otros requisitos,[65] sino que la obligación de los funcionarios es recibir los escritos y darles trámite y sólo el funcionario competente para decidir sobre el fondo puede pronunciarse sobre la impropiedad formal del recurso, mandando testar partes de éste, como dijimos, o en caso extremo devolverlo al interesado.

Las reglas que expondremos son el resultado de la observación de las prácticas administrativas argentinas, buenas y malas; inevitablemente reflejan también en gran parte el sentir y la actitud de quien las escribe, de modo que cada uno deberá adaptar estos comentarios a su propia personalidad.

15. *Objetividad*

La primera regla del estilo administrativo es la de la objetividad. Ello, porque la objetividad es la mejor manera de llevar al convencimiento de una persona, que ella debe decidir una cuestión de determinada manera, en virtud de razones lógicas y permanentes, más que emotivas y sentimentales.

Los escritos que no siguen este criterio y son por el contrario apasionados, inflamados, declamatorios, pueden a veces ser inefectivos tanto en el procedimiento administrativo como judicial; o incluso, contraproducentes. En el caso de los concesionarios o licenciatarios monopólicos, ni siquiera ello alcanza.

[64] PTN, *Dictámenes*, 96: 299, p. 310 vta. El art. 6º, inc. *a)*, del decreto 1759/72 faculta al órgano competente para "testar toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos." Asimismo, con similares consecuencias para el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el art. 35 del decreto ley 7647/70 le permite mandar a testar "las expresiones ofensivas de cualquier índole" y para el de la Ciudad de Buenos Aires, el inc. *a)* del art. 27 del decreto de necesidad y urgencia 1510/97 le permite hacerlo respecto de "toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos."

[65] En caso de haberse omitido cumplir recaudos, se debe recibir el escrito y notificar al interesado cuáles son los recaudos faltantes para dar curso a lo solicitado en su escrito. Lo que no puede hacerse, pero con frecuencia se hace, es devolverle el escrito y no recibírselo hasta que no lo acompañe de todos los recaudos que el funcionario estime necesarios.

Es muy probable que a quien deba decidir lo impresione mucho más una argumentación medida, segura, objetiva, carente de declamaciones y de advocaciones; es posible incluso que un escrito muy declamatorio llegue a fastidiar ligeramente a quien lo considere y lo predisponga, consciente o inconscientemente, en contra del recurrente; la impresión que puede inadvertidamente causar un recurso inflamado y declamado es la de que el administrado emplea tales giros por carecer de argumentos más sólidos que exponer. Por ello entendemos que el empleo de tal estilo no sólo no beneficia al escrito, sino que puede en algunos casos perjudicarlo. De allí que creamos preferible evitarlo y atenerse a la objetividad, como regla general, con la salvedad antes expuesta.

La objetividad supone también aportar el sustento fáctico de lo que se afirma. Cada afirmación de hecho que uno realiza y considera importante, debe ir acompañada del debido sustento documental o probatorio en general, como explicamos en el cap. I de este vol. y lo ampliamos en el t. 4. Cuando, en los expedientes judiciales de los tribunales internacionales, afinamos la mira sobre el caso, es siempre ateniéndonos a los documentos anexados a las piezas del expediente. Por cierto que tiene importancia lo que cada parte dice, pero más importante es la prueba acompañada al expediente en la cual se fundamentan.

16. *Impersonalidad*

En estrecha relación con lo anterior es de mencionar la regla de la impersonalidad: No es prudente ni correcto en un recurso hacer alusiones personales hacia el funcionario cuyo acto se impugna. Debe tenerse en cuenta que los funcionarios públicos, como en su caso los jueces o cualquier persona, tienen un cierto "espíritu de grupo" o "espíritu profesional" que, por lo general, tiene alguna lógica sensibilidad a los ataques de que es objeto. Por eso, solazarse con los defectos personales que pueda implicar la decisión del funcionario cuyo acto es impugnado, además de ser poco elevado, puede eventualmente despertar disgusto hacia el recurrente, por parte del funcionario que debe decidir el recurso: Las causticidades, mordacidades y en general afirmaciones o implicaciones hirientes o agraviantes, tienen siempre el riesgo de hacer sentirse molesto, en el mejor de los casos, al individuo que debe decidir; deben pues ser evitadas.

Por lo mismo, no es conveniente centrar el ataque del recurso contra el funcionario que lo dictó, ni en la repartición o entidad de la que el acto proviene (salvo que ello sea estrictamente necesario, p. ej, cuando se impugna un acto por desviación de poder, o cuando se reclama que se sancione a un funcionario; a ello nos referimos anteriormente), sino que es preferible limitarse a atacar el acto de que se trata, señalando aisladamente sus defectos y vicios y prescindiendo de su autor o del ente en el cual fue producido. Tal tipo de argumentación es también, creemos, más efectivo que el anterior.

17. *Valentía*

También el escrito debe ser valiente: Debe denunciar los hechos ilegítimos que afectan al recurrente, debe señalar al funcionario que le solicitó prebendas; debe pedir sanciones para el agente público concreto e individualizado que ha actuado incorrectamente; debe en suma contribuir a la legalidad de la administración, ejerciendo en cuanto miembro del pueblo soberano, su parte de control social, participativo y democrático a las instituciones y los hombres públicos. Mas tales ataques deben ser empleados sólo en la medida de lo necesario; y cuando se lo haga, debe recurrirse a ello como a un remedio fuerte, que debe administrarse con cuidado, para no causar más daño que cura. Debe hacerse una descripción objetiva de los hechos ilegítimos, evitando calificarlos si no es por su misma ilegitimidad y evitando erigirse en censor de la vida pública del Estado; tiene mucha más fuerza y utilidad la medida y serena denuncia o imputación de un administrado ecuánime, que la descomedida denuncia de algún irresponsable crítico que pretenda erigirse en fuente exclusiva de moralidad; que en lugar de sufrir interiormente por los males del país, poco menos que se regocija por ellos, en cuanto le dan oportunidad de obtener un falso brillo al señalarlos, con iracundia, desde su pretendido pedestal. En definitiva, no debe callar el recurrente de las irregularidades que han cometido en su perjuicio los funcionarios públicos, presentes o pasados, inferiores o superiores jerárquicos; debe levantar su voz para señalarlos, asumiendo la plena responsabilidad de sus actos y arrostrando las consecuencias que ello le pueda acarrear; y debe estar presto además a reconocer públicamente su error cuando él le sea demostrado.

Debe elevar su voz de protesta, su formal reclamo, contra los abusos de los funcionarios públicos; sean aquéllos de hecho o de palabra, expresos o implícitos, debe él señalarle a la administración pública todo lo que ella se haya desviado o abusado; pero debe enseñarle a respetarlo, no por la estridencia de su voz, sino por la firmeza de su carácter y por la serena constancia de sus actos.

18. *Prudencia*

Por último y sin desmedro de la valentía del escrito, debe él ser prudente: No cabe confundir valentía con arrojo violento; la valentía de un escrito debe residir en un sereno y quieto decir las cosas que deben ser dichas y no en un arrebatado vilipendiar la acción administrativa que se reputa ilegítima. Desde luego, también corresponde ajustar nuestra dialéctica cuando lo que es atacado son las sistemáti cas sobrefacturaciones de alguna licenciataria: Pues es imposible ser muy discreto y correcto frente a quien haciendo abuso de su posición monopólica y la falta de capacidad administrativa de controlarlo, sistemática y dolosamente cobra lo que no debe. Es un ilícito penal, público y notorio, que ningún fiscal investiga ni acusa. Para peor, lo sufre y calla, faltando a sus deberes de *vindicta* pública. Esto se

relaciona con la primera regla enunciada: La de que el escrito debe ser objetivo y no debe entregarse a excesos de ninguna índole; se diferencia este principio del de la objetividad, en que tiende a indicar que debe prescindirse, no sólo de los grandes estilos declamatorios, sino también de los adjetivos fuertes e innecesarios.

Decir del acto de un funcionario que es "un atropello" a los legítimos derechos del recurrente; que constituye "un burdo acto de avasallamiento" de sus derechos; que es "una abierta violación de la ley," etc., son fórmulas y vicios de lenguaje que en nada ayudan al escrito y que por el contrario pueden deslucirlo, haciendo perder fuerza a sus argumentos principales.

Es siempre mucho más efectivo demostrar con argumentaciones lógicas y jurídicas que un acto es nulo desde todo punto de vista que se lo analice y que su vicio es insanable, para poder lograr su revocación, que decir simplemente que es "un atropello," etc.

V. Estructura de los escritos

19. *Exhaustividad*

Es muy imporatante distinguir entre la técnica judicial de redacción de las sentencias y la técnica administrativa, o incluso judicial, de preparación de escritos. En la sentencia judicial el tribunal no está obligado a considerar exhaustivamente todos los argumentos de las partes sino solamente aquellos que resultan relevantes para la decisión de la causa. Incluso hay tribunales en el mundo que prefieren sentencias cortas, con solamente el o los argumentos centrales del juez o del tribunal, para que la sentencia tenga un efecto didáctico sobre el resto de los justiciables, ayudándoles a mejor entender los precedentes jurisdiccionales.

Ese es un lujo que no puede jamás permitirse el que presenta escritos, pues debe procurar agotar todos los ángulos posibles de argumentación del problema, para tratar de con alguno de ellos llegar a la convicción del tribunal. Es así que una primera e importante regla a seguirse en la redacción de escritos administrativos es la de la exhaustividad. Esto no quiere decir extensión de páginas, sino consideración razonada de todos los aspectos del problema que se debate. Aquí es donde más habitualmente fallan los escritos presentados ante la administración: El recurrente se limita a hacer su petición dando algún argumento en favor de ella, pero no hace una exposición orgánica y sistemática de los argumentos que existen en pro y en contra y sus respectivas refutaciones en el último caso. Aparentemente, se parte del escrito simplista de que considerar los argumentos contrarios es reforzar la posición de la administración y debilitar la propia: Pero se olvida con ello que la administración tiene más asesores que aquéllos a los que puede comúnmente recurrir un administrado.[66] Es muy ingenuo suponer que siun

[66] Se olvida también lo que decía GRACIÁN: "El que se adelanta a confesar el defecto propio, cierra la boca a los demás." (*El discreto*, "Memorial a la discreción.")

escrito va a ser dictaminado en más de una asesoría letrada de la administración y eventualmente llegará a las oficinas de asesoramiento más especializadas (en el recurso jerárquico), no habrá ningún asesor a quien se le ocurra cuáles son losargumentos que pueden señalarse en contra de la petición. Si sucede lo que advertimos, es decir, si el recurrente se abstiene de considerar los argumentos contrarios a su petición, resultará entonces que los asesores jurídicos señalarán dichos argumentos sin que exista contradicción por parte del particular hasta más avanzado el procedimiento; con lo cual resultará que su respuesta tendrá el mero carácter de descargo y por ello menos vigor que si él hubiera planteado inicialmente la cuestión y hubiera sentado su criterio en forma expresa y terminante. Por ello es importante que el escrito sea exhaustivo: Que considere todos los posibles aspectos de la cuestión, fundamentándolos y rebatiéndolos cuando sea necesario, o incluso admitiendo los argumentos contrarios cuando sea inevitable.[67] Un escrito que presente un estudio objetivo de la cuestión, admitiendo lo evidente y en cambio refutando expresa y fundadamente lo que puede ser discutible, puede tener más chance de éxito que un escrito evidente y excesivamente parcial, que niega todo por posición tomada. En esto hay también una cierta diferencia con la práctica forense, de acuerdo con la cual el accionante o demandado "niega todo lo que no reconozca expresamente" y a veces se "reserva" los argumentos de más peso, o la fundamentación de estos, para el memorial o la expresión de agravios, en lugar de exponerlos en la misma demanda o contestación.

En el procedimiento administrativo, repetimos, no es conveniente "reservarse" argumentos, ni exponerlos deficientemente en las primeras etapas del trámite. Muchas veces un buen escrito, completo y razonado, detiene en su origen un procedimiento sancionador; mientras que los malos escritos iniciales, por el contrario, renuevan la fuerza del procedimiento y apuran inconscientemente su desenlace negativo. Una vez que un expediente se orientó en un sentido determinado es

[67] Nos referimos a los aspectos fácticos de la decisión. En cuanto a los argumentos jurídicos, hay diferencia con lo que resulta aconsejable en el proceso judicial. En éste, recomienda MORELLO a la parte actora no "agotar" los argumentos, a fin de no poner al tribunal en la siempre incómoda posición de aceptar expresamente alguno de los argumentos de la parte. Siempre es mejor ser exhaustivo en los hechos y *escueto en el derecho*, dejando al tribunal, si uno ha logrado convencerlo de la razonabilidad, justicia y eficacia de la solución propuesta, cuál de los infinitos argumentos de su *propia* jurisprudencia, por nadie conocida mejor que por él mismo, elegir para presentar al mundo exterior su resolución. VER NIETO y GORDILLO, *Las Limitaciones del conocimiento jurídico, op. cit.*, nota 12, "El profesor y el abogado," pp. 82-3; *An Introduction to Law*, prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Director, European Public Law Center, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au droit*, prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003; *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, igual prólogo, 2007; "Experiencias comparadas en la justicia administrativa," en ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS DE TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Memoria del Tercer Congreso Internacional de Justicia Administrativa. Modernización y actualización de la justicia administrativa,* Ixtapan de la Sal, Estado de México, abril 2005, pp. 39-56; "El tiempo en la decisión jurídica," en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y SANTIAGO SÁNCHEZ, JAVIER (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, IIJ, 2007, pp. 146-58; http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf

mucho más difícil torcer su curso y convencer a la administración del error de su actuación; es en cambio más fácil orientar correctamente el expediente si desde las primeras instancias se tiene cuidado de hacer claros y completos planteos de la cuestión debatida.

20. *Concisión o resumen*

Dijimos, con todo, que exhaustividad no quiere decir extensión en páginas; por ello agregamos ahora que el escrito debe ser en lo posible conciso. Si es necesario referirse a muchos problemas, debe hacérselo: Pero sin frases inútiles, ni comentarios innecesarios; el planteo debe ser conciso y concreto, debe ir directamente al nudo de la cuestión y resolverlo. Y es conveniente que tenga caps. y parágrafos titulados y numerados, más un índice de páginas que facilite la consulta. En todo caso, el objeto y petitorio necesitan de la máxima atención y deben por supuesto coincidir.

21. *Graduación de los argumentos*

Cuando existen varias razones por las cuales un acto puede llegar a ser considerado ilegítimo, es necesario analizar la importancia que ellas tengan entre sí, para exponer primero y con mayor detalle las más importantes y en segundo lugar y más someramente, las que sean secundarias. En lo que hace a los vicios del acto administrativo, que se agrupan alrededor de sus cuatro elementos —competencia, voluntad, objeto y forma—, hay una clara graduación entre ellos.

21.1. *Exposición de los vicios en el objeto*

En primer lugar deben considerarse los vicios del objeto: *a)* Apartamiento de las facultades regladas de la administración, cuando el objeto es diverso del requerido por la ley, o se dicta ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley;[68] *b)* irrazonabilidad (contradicción, desproporcionalidad, absurdidad);[69] *c)* imposibilidad de hecho;[70] *d)* inmoralidad, corrupción,[71] etc.

[68] *Infra,* t. 3, *El acto administrativo*, cap. VIII, "Objeto y competencia del acto administrativo," § 4, "Objeto prohibido," § 5, "Objeto violatorio de facultades regladas."

[69] *Infra*, t. 3, cap VIII, § 8, "Irrazonabilidad;" cap. IX, § 7, "Arbitrariedad," § 8, "Distintos casos de arbitrariedad," § 9, "Diferencias entre arbitrariedad y vicio tradicional de violación de la ley."

[70] *Infra,* t. 3, cap. VIII, § 7, "Imposibilidad de hecho."

[71] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 9, "Inmoralidad. La ética pública," § 9.1, "La ley inmoral," § 9.2, "El acto inmoral," § 9.3, "El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera," y § 9.4, "La degradación de la moral y la ética."

21.2. *Los vicios en la competencia*

En segundo lugar deben exponerse los vicios de la competencia: *a)* En razón del grado;[72] *b)* en razón de la materia (incompetencia legislativa, judicial, administrativa);[73] *c)* en razón del territorio;[74] *d)* en razón del tiempo.[75]

21.3. *Los vicios objetivos de la voluntad*

En tercer lugar cabe señalar parte de los vicios de la voluntad administrativa, los vicios de tipo objetivo: *a)* Vicios en el origen de la voluntad (usurpador, funcionario de hecho);[76] *b)* vicios previos a la emisión del acto (omisión de licitación pública, de concurso,[77] de dictamen o trámite sustancial;[78] violación de la garantía de la defensa);[79] *c)* vicios en la emisión del acto. (Órganos colegiados que actuaron sin quórum o sesión, actos complejos con una de las voluntades viciadas o ausentes; actos sin autorización, etc.)[80]

21.4. *Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma*

Por último, en un mismo plano, son de mencionar los vicios de tipo subjetivo de la voluntad administrativa y los vicios de forma. Entre los primeros están: *a)* Desviación de poder;[81] *b)* arbitrariedad;[82] *c)* error;[83] *d)* dolo;[84] *e)* violencia;[85] *f)* simulación.[86] Entre los segundos se cuentan: *a)* Falta de documentación, o constatación inadecuada de la voluntad; *b)* falta de publicidad del acto (publicación o notificación según el caso), o publicidad insuficiente.[87]

[72] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 11, "Competencia en razón del grado."
[73] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 12, "Competencia en razón de la materia."
[74] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 13, "Competencia en razón del territorio."
[75] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 14, "Competencia en razón del tiempo."
[76] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 3, "Vicios en el origen de la voluntad."
[77] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.3, "Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia;" § 4.4, "Compulsa y concurrencia de interesados: concurso y licitación;"
[78] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.5, "Opinión, dictamen o informe sustancial."
[79] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.1, "La garantía de la defensa. El sumario previo;" § 4.2, "Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima."
[80] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 5, "Vicios en la emisión de la voluntad," § 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.4.2, 5.4.3, 5.4.4, 5.4.5, 5.4.6, 5.5.
[81] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 6, "Desviación de poder."
[82] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 7, " Arbitrariedad;" § 8, "Distintos casos de arbitrariedad."
[83] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 10, "Error."
[84] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.1, "Dolo."
[85] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.2, "Violencia o intimación."
[86] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.3, "Simulación."
[87] *Infra*, t. 3, cap. X, § 10, "Formas de publicidad;" § 11, "Especies de formas de publicidad: publicación y notificación," § 11.1, 11.2, 11.3, 11.4, 11.5, 11.6.

21.5. *Conclusión*

Cuando se trata pues de impugnar un acto administrativo por más de un argumento, es necesario exponer los distintos fundamentos e impugnaciones en el orden de su importancia y darles una exposición acorde con ella. Así p. ej. si un funcionario enemigo nuestro dicta, por venganza hacia nosotros, un acto respecto del cual carece de competencia y que además no corresponde a la situación de hecho para la cual la ley lo reglamentó, será muy mala técnica procesal dedicarnos en primer lugar y con la máxima atención a demostrar la desviación de poder y dejar para el final la observación de que el acto está viciado de violación de la ley en el objeto y de incompetencia. En tal caso el correcto recurso debe: *a)* en primer lugar demostrar acabadamente que el acto es en su objeto antijurídico; *b)* en segundo lugar que el funcionario actuó sin competencia; *c)* en tercer lugar, por último, que el funcionario actuó con desviación de poder.

Capítulo XVIII

LA VIOLENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

Por Julieta Rodríguez Prado

Sumario

I. *Introito* 323

II. *Los recursos administrativos* 324

III. *El desorden administrativo* 325

IV. *Los recursos humanos* 326

V. *Palabras finales* 327

Capítulo XVIII

LA VIOLENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA[1]

Por Julieta Rodriguez Prado

I. Introito

El procedimiento administrativo se rige por distintos principios, que lejos están en la práctica de ser cumplidos.[2] La celeridad procesal, la oficialidad, el informalismo a favor del administrado,[3] la legalidad objetiva entre otros[4] no son contemplados en la mayoría de los casos que son resueltos por el aparato estatal.

Es más, a medida que nos adentramos en el monstruo burocrático, la práctica nos demuestra, que su incumplimiento alcanza niveles tan elevados, que generan violencia hacia el administrado.

En este trabajo intentaré poner de relieve aquellas prácticas administrativas sistemáticas, a las que cotidianamente nos enfrentamos, y que muchas de ellas contempladas en la ley, son utilizadas como obstáculos que el administrado debe sortear.

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2006-F, 897.

[2] Ampliar Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo,* t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. X.; Comadira, Julio R., "Función Administrativa y principios generales del procedimiento administrativo," en PTN, *Dictámenes*, 1863-1993, Buenos Aires, pp. 79-97.

[3] Es interesante el trabajo expuesto por Monti, Laura, "El Principio del informalismo en el procedimiento administrativo," Universidad Austral, *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1998, pp. 29-41.

[4] Ver Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2., *op. cit.*, cap. IX, p. IX-8 y ss. Ampliar del mismo autor, *Procedimiento administrativo*, Serie de Legislación Comentada, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, 2ª ed., p. 33 y ss.

II. Los recursos administrativos

El decreto-ley 19549/72[5] —como así también el dec. 1510/97 (Adla, XXXII-B, 1752; LVII-E, 6165) en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, prevé los distintos recursos que los administrados tienen derecho a interponer frente a un acto administrativo que los afecte.

El fin que tienen estos recursos radica en: "Promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos, por parte de los órganos superiores de la Administración, dando a esta última la oportunidad para revisar los criterios y revocar los errores en que se hubiera incurrido; producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, que advierta a la Administración sobre la naturaleza y alcances de los derechos o intereses en juego y permitir una mejor defensa del interés público, a través del mejoramiento de los argumentos de los actos administrativos que podrán generar el reconocimiento y acatamiento de los administrados, con base en los mayores fundamentos que se expongan."[6]

Ahora bien, a la hora de ver estos recursos en el ámbito de la práctica administrativa,[7] se puede observar que lejos están sus objetivos de ser cumplidos. Es una falacia sostener que los recursos dan una oportunidad a los órganos superiores de revisar criterios y revocar errores.

En primer lugar, pocos o me atrevería a decir, casi ninguno de ellos, tiene acogida favorable.[8] Los servicios jurídicos, tienden a no reconocer el error administrativo. Por otro lado, los funcionarios, no se inclinan a apartarse de los dictámenes de sus servicios jurídicos ni de lo resuelto por sus órganos inferiores.

Más allá de ello no debe dejarse de observar el incumplimiento de los plazos[9] que la normativa prevé para la resolución de los recursos. Estos exceden ampliamente a los estipulados por la norma.[10] En el caso de los decretos que resuelven recursos jerárquicos, el problema se acrecienta aún más, pues los distintos secretarios

[5] En cuanto a la denominación utilizada de decreto-ley, me remito al debate suscitado entre Gordillo y Campolieti, Federico, "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional," en prensa para este mismo suplemento.

[6] García Pullés, Fernando R., "El agotamiento de la vía administrativa," *LL*, 1993-A, 1044. Canosa, Armando N., cuestiona de manera muy interesante el sistema recursivo en "Los Recursos," Universidad Austral, *Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 97-105.

[7] Ampliar en Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, *El procedimiento administrativo,* Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., cap. III.

[8] Canosa señala en forma muy realista lo siguiente: "Ante la evidencia que la realidad nos da en cuanto a que el 99,9% de los recursos jerárquicos son rechazados y existe esta norma que está vigente —al referirse al viejo art. 32 del Decreto-ley 19.549— ¿yo no podría acusar a un particular que actuó con negligencia y no agotó la vía administrativa?" en "Los Recursos," Universidad Austral, *Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 97-105.

[9] Ampliar Muñoz, Guillermo Andrés, "Los Plazos," Universidad Austral, en *Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, p. 41 y ss.

[10] No debemos olvidarnos que el administrado debe impulsar de oficio su causa caso contrario su actuación quedará entre una más a ser resuelta. Aquel que se apersona, insiste, llama por teléfono, encontrará al menos un pronunciamiento más próximo a su trámite. Ampliar en Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. X, p. X-7 y ss. y Caplán, Ariel R. - Scheibler,

refrendan el proyecto de decreto, lo que implica la remisión del expediente de una secretaría a otra, previo pase por una innumerable cantidad de direcciones de cada una de esas secretarías y, mesas de entradas, y asesores que revisan una innumerable cantidad de veces el decreto, y que al momento de ser firmado por el órgano superior (presidente) asesores del mismo, deciden modificarlo, con lo cual el circuito comienza nuevamente, sin contar cambios de estructura, de funcionarios, de denominación de Secretarias etc.[11] Todo este trámite implica a veces más de un año para la suscripción de un simple decreto, contando con la suerte que el expediente en todo este extravagante circuito no se extravíe…

No debemos olvidar que las herramientas que la ley estipula en caso de mora administrativa, no son conocidas por los administrados, que en su mayoría concurren sin asistencia letrada. Frente a esta situación, los particulares deben tolerar demoras interminables para la resolución de sus recursos que en muchos casos son rechazados. Además uno observa que son pocos los casos en donde el administrado acude a la Justicia. Se prefiere cumplir quizás con una arbitrariedad de la administración, que incurrir en gastos causídicos.

El agotamiento de la vía administrativa se traduce entonces, en una carga insostenible para el administrado, y un privilegio desmesurado para la administración, que con su inoperancia retrasa la resolución de los conflictos, provocando el agotamiento del administrado.[12]

De más está decir, que este procedimiento, además de no serle útil al administrado, genera altísimos costos que la administración debe afrontar. Conlleva dispendio de papeles, recursos humanos, estructura, generando un derroche presupuestario innecesario. Con todo esto, no queda más que replantearse la funcionalidad de los recursos administrativos, tanto para la administración como para el administrado.

III. El desorden administrativo[13]

Uno de los principales problemas que aqueja al procedimiento administrativo, y en particular al administrado, es el caos en la tramitación de los expedientes. Foliaturas incorrectas, agregación de informes y dictámenes sin orden cronológico,

GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Carlos Sánchez Viamonte Asociación Civil, 2005, p. 39 y ss.

[11] Ampliar en GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, *op. cit.*, cap. VIII.

[12] Es interesante ver la diferencia con la normativa de la Provincia de Buenos Aires, para ello ampliar en ISABELLA, DIEGO P., "El agotamiento de la vía en la nueva justicia administrativa bonaerense no es exigible en todos los casos," *LL*, 2004-F, 1027.

[13] Véase el análisis de las actuaciones administrativas en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. X, p. X-3.

actos administrativos sin fecha ni firma,[14] providencias sin firma, presentaciones destruidas, dictámenes incompletos, etc.

Este desorden sin dudas, dificulta la lectura, las peticiones por parte de los particulares afectados, la resolución de los recursos. Esto suma una cuota de arbitrariedad al procedimiento administrativo. No debe dejarse de señalar que además muchas veces la administración se vale del desorden, para no resolver conforme a derecho las peticiones.

El caos en la tramitación de las actuaciones, conlleva una confusión tal que, en muchos casos, los propios funcionarios no logran comprender con exactitud las actuaciones, y siempre ante la duda se prefiere la desestimación de cualquier presentación.[15]

IV. Los recursos humanos

Un número muy importante del personal que forma parte de la administración no cuenta con los conocimientos mínimos indispensables para el cumplimiento en debida forma de las tareas que desarrolla.[16]

Cuando un particular se presenta en una mesa de entradas solicitando la vista de un expediente en numerosas oportunidades el empleado responde a ello que tiene orden del funcionario a cargo de no dejar ver ningún expediente,[17] y ésa es la normativa vigente para él allí.[18] Más aún, en el gobierno porteño dependerá del empleado que lo atienda si goza o no la presentación que efectúa de abonar el timbrado que prevé el Código Fiscal.[19]

El desconocimiento de la normativa es tan grave que en casos donde podría verse en peligro la vida de personas y resulta necesario una actividad enérgica por parte de la administración, utilizando los privilegios que le concede la nor-

[14] Ampliar en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., cap. X, p. X-24.

[15] GORDILLO al respecto nos enseña que a diferencia del proceso judicial en el procedimiento administrativo "nadie en verdad dirige centralizadamente el procedimiento, salvo quizás algunos pocos procedimientos especiales y se plantea con ello uno de los grandes problemas de la organización administrativa: La falta de coordinación, de dirección," *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, *op. cit.*, cap. III, p. 11.

[16] En noviembre del 2005, se dio a conocer una estimación oficial del gobierno de la Provincia de Buenos Aires, que revela que de 177.771 agentes públicos, el 41% no completó el secundario. De ellos, más de 5.900 ni siquiera acreditan el nivel primario. Ver www.eldial.com.ar del 12 de noviembre del 2005.

[17] CAPLAN - SCHEIBLER (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, *op. cit.*, p. 53.

[18] Como bien señala GORDILLO "la suave, cordial, respetuosa, pero insistente y pesada reiteración al pedido, de los argumentos para que se lo provean; la permanencia física frente al empleado todo el tiempo que se necesita, terminan casi siempre por vencer su resistencia;" en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. X, p. 10. ORTEGA Y GASSET nos enseña que "el hombre fuerte no piensa en atacar: su actitud primaria es simplemente afirmarse … El ataque es para él cosa secundaria y siempre respuesta a un prójimo que se sintió ofendido por la enérgica paz de su afirmación." Ver *Los Escritos de Ortega y Gasset en La Nación*, Buenos Aires, La Nación, 2005. p. 51.

[19] Ampliar BARBARÁN, JOSEFINA, "El agotamiento del administrado," *LL*, 2005-E, 1120.

mativa, no se ejecutan decretos, por la interposición de recursos administrativos, que suspenden entonces la ejecución de los actos a veces por varios años.

El incumplidor entonces se ve beneficiado por el desconocimiento de los propios funcionarios, que ponen en riesgo la vida de muchos. Y los damnificados quedamos a merced de un gobierno que poco o nada hace por la vida de los ciudadanos. Como nos enseña GORDILLO "habrá que desarrollar paciencia y sobre todo perseverancia para evitar que los abusos eventuales se repitan y perpetúen."[20]

V. Palabras finales

Con esta breve descripción hemos visto cómo por distintos medios la administración ejerce una violencia hacia el particular que acude al aparato estatal buscando respuesta a un problema.

Los recursos administrativos constituyen una falacia amparada por la ley. Son parte de la inoperancia del aparato estatal, donde los particulares se encuentran en un estado de indefensión total. Deberían constituir un medio optativo y no obligatorio a los efectos de recurrir a la vía judicial. Esto coadyuvaría a reducir el gasto público y evitaríamos la incertidumbre en gran cantidad de asuntos. Quizás así se podrían reducir atrasos, casos de corrupción, gastos inconmensurables de una máquina burocrática que poco o nada sirve a una comunidad. Y esto, sumado a la arbitrariedad con que los empleados atienden al público, la arbitrariedad de los funcionarios para resolver —muchas veces amparados en el propio ordenamiento jurídico—, el desorden de la actuación administrativa. Todo ello implica, una violencia institucional, incalculable que debe ser reconsiderada.

[20] GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. X, p. X-1. Son atinadas las palabras de SÉNECA "la razón concede tiempo a uno y otro bando; después también pide una demora, para tener oportunidad de descubrir la verdad, la ira se apresura. La razón quiere emitir un juicio que sea justo, la ira quiere que parezca como justo el juicio emitido. La razón no contempla nada a excepción de aquello que se trata; la ira se deja influir por datos estúpidos y marginales a la causa," en *Diálogos*, Madrid, Tecnos, 1986, cap. I, p. 85.

Capítulo XIX

EL OCASO DE LOS DOGMAS SOBRE LA INEJECUTABILIDAD DEL ESTADO

Por Nicolás Bonina

Sumario

1. Punto de partida 331
1.1. Introducción 331
1.2. El nacimiento de la tragedia 332
1.3. ¿La genealogía de nuestra idiosincrasia? 333
2. Consideraciones intempestivas 1: Sin plata, ¿hay derecho? 334
3. Consideraciones Intempestivas 2: Sobre la tutela judicial efectiva 336
4. Los dogmas del pasado 337
4.1. El mito del eterno retorno de lo idéntico 337
4.2. Así habló Zaratustra: La naturaleza jurídica ha muerto 338
4.3. El Anticristo: Sobre el carácter declarativo 339
4.4. No se puede limitar la ejecutabilidad ex ante, de manera genérica, sin probar la imposibilidad de pago 342
4.5. La inembargabilidad de los fondos públicos: La madre del sinsentido 342
4.6. La inaplicación del principio de separación de poderes por su aplicación 344
5. Los mandamientos de ejecución 346
6. La responsabilidad del funcionario y las astreintes 347
7. Sobre el buen funcionamiento de las finanzas 348
8. Los dogmas y el orden constitucional: La gaya ciencia 350
9. El criterio a seguir 351
10. La voluntad de poder: Algunas opciones para el proceso de ejecución de sentencias 352

Capítulo XIX

EL OCASO DE LOS DOGMAS SOBRE LA INEJECUTABILIDAD DEL ESTADO[1]

"Los hombres y los puebles, al llegar a la edad adulta, han de tener el coraje para abandonar los cálidos sueños de la infancia y para salir a la intemperie aceptando las cosas como son. [...] Una indagación inevitablemente dolorosa, puesto que resulta muy amargo comprobar que estamos creyendo en dioses falsos y que vivimos rodeados de fantasmas que se esfuman dejando un cierto olor a incienso (o a azufre, según los casos) cuando les llega el sol de la sinceridad," NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la Justicia y la Ley,* Madrid, Trotta, 2002, pp. 12-13.

1. *Punto de partida*

1.1. *Introducción*

FIEDRICH W. NIETZSCHE es considerado como uno de los más grandes iconoclastas de su tiempo, ya que con su labor ha intentado derruir los dogmas socio-culturales de su época que impedían el pleno desarrollo del ser humano, según sus convicciones filosóficas. *ZARATUSTRA* es el protagonista de una de las obras filosóficas de este autor, aquélla en la cual NIETZSCHE encuentra la madurez de su pensamiento.

Hoy día, en el ámbito del derecho administrativo, al igual que en la Europa del tiempo de NIETZSCHE, existe una innumerable cantidad de dogmas que derribar.[2]

[1] Publicado originalmente en *RPA*, 2006-I.

[2] Tarea que hemos abordado en distintos trabajos y respecto de distintos aspectos del derecho administrativo. A tal efecto, ver: BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, coautor, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2009; texto revisado, ampliado y modificado en una nueva edición en *La deconstrucción del derecho administrativo*, México D.F., Novum, 2012. También puede consultarse: BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, "La senda del derecho administrativo en la jurisprudencia de la CSJN," *La Ley*, *Suplemento Extraordinario 75 aniversario*, agosto 2010, p. 40 y BONINA, NICOLÁS, "El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo" *La Ley, Suplemento Derecho Administrativo*, 2012 (junio), p. 1.

En este trabajo, analizaremos la ejecución de sentencias contra el Estado,[3] con particular referencia a aquellas que obligan a abonar sumas de dinero. El camino que proponemos es analizar el nacimiento de esta problemática, los dogmas que la rodean y las posibles soluciones. En tónica iconoclasta y como homenaje al "*padre"* de *Zaratustra*, cada subtítulo lleva un juego terminológico entre el tema desarrollado y alguna obra de NIETZSCHE.

1.2. *El nacimiento de la tragedia*

No es desconocido por nadie que el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado nacional es ineficiente, complejo y poco feliz. Como dijera un amigo "es uno de los más perversos del sistema." Esta circunstancia no es extraña a nadie. En este sentido, cabe hacer referencia a un estudio realizado por el IFES (International Foundation for Electoral Systems),[4] en el otoño de 2002 en Argentina, Perú y México, que arrojó que los obstáculos para la ejecución de este tipo de sentencias son: *a)* En primer lugar, la falta de voluntad del Estado para pagar; *b)* en segundo lugar, la falta de recursos del Estado y/o de previsiones presupuestarias; *c)* en tercer lugar, la corrupción judicial y administrativa; *d)* cuarto, la falta de respeto por las decisiones de las cortes; y, en última instancia, *e)* la insuficiente autoridad de las cortes.[5]

La dificultad del *asistemático* sistema hace las veces de refugio a la inactividad e ineficacia administrativas.[6] Adviértase que desde la sanción de la Ley 3952 y hasta el dictado del Decreto 679/88, la jurisprudencia había limitado progresivamente el carácter declarativo del art. 7º de la primera, consignando excepciones tanto especiales como generales.[7] El dictado de este decreto fue *el comienzo de la tragedia*, a partir de allí la cantidad de normas dictadas confor-

[3] Ver, entre otros, ABERASTURY, PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; y HUTCHINSON, TOMÁS, "El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado," en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-2, pp. 13-81.

[4] En www.ifes.org.

[5] Un informe del Consejo de Estado francés que sirvió como base para la reforma introducida mediante los Decretos 90-400 y 90-416 en el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado señala que de 70 casos, "11 revelan una lentitud excesiva en el cumplimiento, 13 revelan una manifiesta mala voluntad, 22 encuentran su razón de ser en el rehusamiento por la Administración del carácter no suspensivo de las apelaciones. En fin, 11 casos revelan dificultades objetivas en la ejecución," GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La transformación del contencioso-administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias," en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, p. 216. Tanto en el país galo, como aquí, los casos en los que existen dificultades objetivas no son la primer causal de incumplimiento —en Argentina si sumamos las causales *a), c), d)* y *e)* en definitiva advertimos que la dificultad objetiva en el pago es el menor supuesto. Sin embargo en Francia se ha modificado el régimen para contrarrestar esta situación. Aquí no.

[6] La complejidad en el régimen de ejecución es otro punto sobre el que ha hecho hincapié el estudio aludido como óbice para lograr el cumplimiento compulsivo de las sentencias.

[7] Ver un desarrollo en MAIRAL, HÉCTOR A., "La evolución del régimen de sentencias contra la Nación," *LL*, 1988-E, 1203; y TAWIL, GUIDO SANTIAGO, "El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación," *LL*, 1988-D, 932.

maron un complejo marco normativo que favorece la irresponsabilidad, ya que se trata de un régimen complicado, tedioso y largo, en el cual se le hace fácil al Estado encontrar cualquier subterfugio a efectos de no pagar.

1.3. *¿La genealogía de nuestra idiosincrasia?*

> "'Los medios forzosos de ejecución no deben ser de corriente invocación en un Estado de Derecho'. En último término, algo más que esta correcta regulación legal estaría fallando," GONZALEZ - VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993, p. 323, citando a ULE.

¿Por qué solventar la existencia de un Estado si, cuando ese Estado falla y es condenado, se vuelve reticente a pagar?

¿Podemos afirmar que existe una idiosincrasia propia de incumplimiento sistemático del orden jurídico o es una problemática genérica de todos los ordenamientos jurídicos y todas las sociedades?

¿Acaso el Estado incumple porque nosotros somos incumplidores?

JUAN AGUSTÍN GARCÍA[8] argumenta que desde los tiempos primeros de la colonia se formó en estas zonas una cultura del no trabajo, del coraje criollo, y de ganar dinero de la manera más fácil y así vivir acomodadamente.

Por otro lado, siempre es recordado aquel conocido episodio en el cual HERNÁN CORTÉS anunció que la Real Cédula de la Junta de Valladolid —que prohibía las reparticiones de indios—, "se acata, pero no se cumple."

Sin embargo, el parasistema[9] se verifica en todos los ámbitos, sociedades, países, organizaciones, etc.

Por tal razón, consideramos que, más allá de la problemática concreta de idiosincrasias y modos propios, a partir de la introducción de la desigualdad como respuesta adaptativa del ser humano en comunidad –fenómeno que hemos identificado a partir de la domesticación vegetal y animal–, el derecho se ha convertido en una herramienta opresiva, en un instrumento para gestionar el enfrentamiento entre unos y otros y para mantener y preservar estas relaciones de desigualdad y de sometimiento-subordinación. El derecho se ha convertido en una técnica de gestión de la desigualdad.[10]

No obstante ello, cabe resaltar que nuestros continuos endeudamientos y nuestra imposibilidad de afrontar el pago del servicio de la deuda también provienen

[8] GARCÍA, JUAN AGUSTÍN, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986.

[9] Para una lúcida descripción y desarrollo del parasistema ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1997, tercera reimp. 2001, también "Una celebración sin gloria", en BIDART CAMPOS, GERMÁN (dir), *150 aniversario de la Constitución nacional, LL, suplemento especial,* agosto de 2003, p. 13, *LL-2003-C, 1091.*

[10] BONINA, NICOLÁS, "El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo", *LL, Sup. Adm.*, 2012 (junio), p. 1

desde mucho antes de ahora.[11] No por nada, DORNBUSCH y DE PABLO señalan que tenemos una inexplicable propensión a devaluar la moneda y a incumplir los contratos de crédito externo,[12] dando ejemplos que se remontan a mediados de 1800.[13]

De allí que el problema de la ejecución de las sentencias dinerarias contra el Estado tiene aristas mucho más profundas: una dinámica de relaciones interminables del tipo estructurante-estructurable que se ve potenciada por una idiosincrasia propia particular. Por eso, esta problemática excede la mera cuestión relativa a las normas y sanciones que se puedan aplicar. Por ello mismo, este tema no tiene los mismos alcances o la misma problemática aquí que en los Estados Unidos,[14] a pesar de que nuestros regímenes constitucionales sean similares.

2. *Consideraciones intempestivas 1: Sin plata, ¿hay derecho?*

Una de las cuestiones de mayor dificultad al abordar este tema es el de los fondos públicos para pagar las sentencias condenatorias. Aquí, como en muchos otros casos, existen dos valores a proteger: *a)* el normal funcionamiento de la administración y; *b)* la completa garantía de los derechos de los particulares.

La pregunta es: cómo armonizar estos dos valores cuando "el grado de endeudamiento de nuestros países excluye toda ayuda internacional que no sea para seguir pagando los intereses de la deuda externa; que estamos en estado de quiebra interna; que la naturaleza nos es adversa; que el desarrollo nos pasó

[11] Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo,* t.1*, Parte general,* Buenos Aires, FDA, 8ª ed., 2003, cap. IV.

[12] DORNBUSCH, RUDIGER/DE PABLO, JUAN CARLOS, *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988. Señalan que "en la Argentina los problemas referidos a la deuda y las crisis financieras datan de por lo menos cien años" (p. 10.) Asimismo, con cita del *Banker's Magazine* de 1899 señalan que los sudamericanos "…siempre tienen problemas con su moneda. O es demasiado buena para uso interno, o, como sucede a menudo, es demasiado mala para el cambio exterior. Generalmente emiten demasiado, pero están convencidos de que nunca tienen suficiente… los argentinos cambian su moneda casi con la misma frecuencia con que cambian de presidente… Ningún pueblo en el mundo es más aficionado a los experimentos monetarios que los argentinos" (p. 11.) Es alarmante advertir que nuestra historia siempre se repite y nunca aprendemos de ella, así "El desarrollo económico de la Argentina en el siglo XIX fue financiado con préstamos del mercado mundial de capitales" mediante "oleadas de préstamos, los subsiguientes incumplimientos y la reanudación de los préstamos" (p. 32.)

[13] Ver *supra*, nota anterior, especialmente DORNBUSCH/DE PABLO, *op. cit.*, p. 31 y ss. Con esto queremos señalar que el problema de la escasez de fondos y de la deuda interna y externa del Estado argentino no es de ahora. Es una práctica que proviene del parasistema, reforzada por varios dogmas que la favorecen. Se nos podrá invocar que *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la administración sigue siendo administrar.) A este otro dogma que ya no tiene fundamento alguno —y que proviene de una historia y régimen jurídicos distintos—, diremos, con TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, que *juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor.* Pues es evidente que la administración de los fondos públicos no es un problema de ahora, por tal o cual emergencia económica. Es un problema de siempre, desde la constitución de nuestro Estado como tal, y es precisamente esta idiosincrasia tan nuestra la causal de las emergencias que luego acontecen. Se trata de incapacidad para administrar mejor. Y quizá sea hora de intentar modificar la situación… .

[14] MAIRAL, "La evolución...," *op. cit.*; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 470-71.

de largo; y que [...] ni siquiera hacemos las cosas elementales que debiéramos hacer y sí podemos hacer."[15]

La misma jurisprudencia es cambiante, basta sólo observar cómo en dos décadas nuestro Máximo Tribunal ha modificado tres veces su criterio respecto de los reajustes de haberes previsionales.[16]

No es un tema sencillo. Insistir en el debido, eficaz y rápido cumplimiento de las sentencias condenatorias de dar sumas de dinero sin una adecuada percepción de la realidad[17] puede resultar un cúmulo de teorías bienintencionadas pero utópicas. Y sin embargo, considerar *ex ante* que el Estado no va a poder pagar sin consideración de los hechos y de los derechos de los particulares, es privación de justicia. Por ello, cuando el juez falla, no puede —ni debe— olvidar las consecuencias de su decisión.[18] Como dijera un ex-magistrado, el juez tiene no solamente la facultad sino más bien el deber de hacer ejecutar su sentencia, lo que le obliga a su vez a solamente dictar sentencias que sean posibles de cumplir y de ejecutar.

En esta inteligencia, más allá de desmitificar los dogmas que aparecen en torno de la ejecución de sentencias y de las vías alternativas de solución que se propongan, el objetivo siempre será el mismo: reafirmar que es el juez, en cada caso concreto,[19] el que debe encontrar el justo medio aristotélico. Tan simple y tan difícil como eso.[20]

Paralelamente, en los hechos y en especial, en lo referente a la ejecución de sentencias dinerarias, cuando no hay plata, poco o nada importa el derecho consagrado en la sentencia a ejecutar. Pero, en tales casos, lo que debemos evaluar –y lo que el juez debe evaluar también– es si precisamente este hecho no se ha convertido en una práctica y técnica voluntaria por parte de los administradores a fin de nunca tener con qué pagar, para nunca hacerlo. Y si con esta excusa nos conformamos o si, como sociedad y seres humanos, exigimos más…

[15] Gordillo, Agustín, *Derechos humanos,* Buenos Aires, FDA, 5ª ed., 2005, Cap. XI, p. 35.

[16] Nos referimos a los fallos de la CSJN *in re*: *Rolón Zappa*, *Chocobar* y *Sanchez*; ampliar en Morello, Augusto M./ González Campaña, Germán, "Reflexiones sobre el abandono de la doctrina Chocobar," *LL*, 01-VI-05, p. 1, también en *IMP*, 2005-13, 1872.

[17] Con la dificultad de que los hechos son infinitos y nuestra percepción finita, ampliar en Gordillo, *Tratado…,* t.1, Cap. I.

[18] De acuerdo al criterio de interpretación previsora o no paralizante, que atiende a la consideración de las consecuencias sociales de los fallos (*in re: Saguir y Dib, Fallos,* 302: 1284) y a la verificación de los resultados a que conduzca en el caso concreto (*Baliarda, Fallos,* 303:917), no pudiendo prescindirse de los efectos que derivan de la utilización de cada pauta hermenéutica (*Sigra SRL, Fallos,* 320: 1962.)

[19] Ya que "la única regla es que no hay ninguna regla," Gordillo, *Tratado*..., t.1, *op. cit.*, Cap. I, p. 2. Ver Mairal, "La evolución...," *op. cit.*, quien sostiene que "la sentencia condenatoria fije a la nación el plazo de cumplimiento en atención a las circunstancias del caso," ver también del mismo autor, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 913.

[20] Valga recordar las palabras de Gordillo, "la tarea no es fácil para nadie, pero alguien lo tiene que hacer," en Gordillo, Agustín, "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050.

3. *Consideraciones intempestivas 2: Sobre la tutela judicial efectiva*[21]

"La prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —que suelen reconocer todas las constituciones— comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo que ella ha resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado," GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de derecho procesal administrativo*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2001, p. 425.

La ejecución de sentencia se enmarca dentro de un proceso que sólo finaliza con la satisfacción efectiva y real del vencedor.[22] Sin embargo, *hay que ver cómo los dogmas del pasado siempre encuentran algún subterfugio para infiltrarse en los nuevos esquemas constitucionales y supranacionales y salirse con las suyas.*[23]

El derecho a una tutela judicial rápida, efectiva y sencilla es un derecho de raigambre constitucional y supranacional. Por lo tanto, la ejecución de sentencias, como mecanismo de garantía de los derechos que se inserta dentro del *proceso*, participa también de esta misma característica: debe ser *rápida, sencilla y efectiva*, pues de nada sirve lograr una sentencia definitiva si luego no se va a cumplir y no se la puede ejecutar.

La efectividad de un proceso se refiere precisamente a este aspecto, la efectividad del mismo se manifiesta de modo particular en que lo que el magistrado ordene se cumpla. Recién allí se puede dar por concluido el proceso en cuestión.

Por lo tanto, la consolidación de deudas y el incumplimiento parcial o total de la sentencia es una violación a la garantía de la tutela judicial rápida y efectiva, y por lo tanto es una violación al régimen supranacional de derechos.[24]

Aunque hoy todavía se sostiene que tarde o temprano el Estado paga, lamentablemente no es así. Puede llegar a ser cierto para determinadas empresas

[21] Ver también ABERASTURY, *op. cit.*, p. 54 y ss.; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 14 y ss.

[22] "Un sistema de tutela judicial efectiva [...] no es sólo un sistema que permita abrir los procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias. Esas sentencias tienen también que ser efectivas ellas mismas y, por tanto, deben necesariamente ejecutarse. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente el derecho a la ejecución de las sentencias contra la Administración," GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas," *Documentación Administrativa*, 209, p. 10, con citas del Tribunal Constitucional.

[23] O como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, estos *privilegia principis* que se fueron formando a lo largo de los siglos "y cuya mayor parte alienta aún y aún reviven insospechadamente, incluso en metástasis inesperadas, al igual que las células cancerosas," GARCÍA DE ENTERRÍA, "Los postulados...," *op. cit.*, p. 8.

[24] Respecto de la violación de nuestro país a la tutela judicial efectiva, rápida y sencilla y el control por la Corte Interamericana, ver Corte IDH, Serie C Nro. 97, *Cantos, José M. c. República Argentina*, 28-XI-2002, *LL*, 2003-C, 2, con nota de GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA, también gratuitamente en **www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html.** Para Europa, ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Zimmermann y Steiner*, 13-VII-83, reproducido en GORDILLO, *Derechos humanos*, *op. cit.*, Cap. XI, p. 40 y ss.

grandes que lucran con el tiempo. Pero en general y, en particular para las empresas medianas, las chicas, organizaciones, agrupaciones, etc., y los particulares, un proceso contra el Estado que dure entre 20 o 30 años y que se termine pagando en bonos al 25% de su valor es lisa y llanamente inconstitucional porque violenta la garantía de tutela judicial *efectiva*, rápida y sencilla. Aun cuando la Corte Suprema haya dicho que esta modalidad equivale a "pagar"[25] no podemos engañarnos: para el particular eso no constituye un pago, representa la cabal materialización de la irresponsabilidad estatal.[26] Cuando el Estado incumple ya no sólo la sentencia declarativa, sino la de ejecución más las astreintes y todas las intimaciones posibles, ¿puede seguir sosteniéndose válidamente que la emisión de mandamientos de ejecución y/o embargo afecta la división de poderes? ¿O que un embargo puede paralizar el accionar estatal?

De nada vale tener un sistema judicial si no puede hacer justicia efectiva. El proceso finaliza cuando se cumple, no cuando la sentencia queda firme. Y aunque se predique que no se desnaturaliza el derecho en cuestión, la verdad[27] es que cobrar un crédito en 6 meses o en 3 ó 16 años no es lo mismo, sobre todo en un país como el nuestro donde la moneda pierde valor todos los días, y la inflación es el flagelo por antonomasia de nuestro pueblo.[28]

4. *Los dogmas del pasado*

4.1. *El mito del eterno retorno de lo idéntico*

El dogma de la indemandabilidad del Estado ha estado arraigado durante demasiado tiempo. De hecho, nunca ha desaparecido del todo. Y ello es así pues todo el derecho administrativo sigue estructurándose y basándose en un paradigma

[25] CSJN, *Cacace Josefa Ermida*, *Fallos*, 318:1887 (1995); CSJN, *Empresa Argentina de Servicios Públicos SA de Transportes Automotores*, *Fallos*, 320:2756 (1997), en este último la Corte señala que "…es oportuno recordar que este Tribunal ha señalado que la aplicación del sistema de consolidación de deudas no priva al acreedor del crédito declarado en la sentencia sino que sólo suspende temporalmente la percepción íntegra de las sumas adeudadas, lo que obsta a su declaración de inconstitucionalidad, máxime cuando la reclamante no ha alegado una situación de emergencia o necesidad impostergable de recibir su acreencia, sino tan sólo la inconstitucionalidad genérica del plazo establecido por la ley (confr. Fallos: 316:3176 y 317:739)." Ver también CSJN, *Colina, René Roberto y otros*, *Fallos*, 328:3354 (2004), especialmente cons. 3°, en el que la Corte afirma que "en la medida en que dichos títulos efectivamente sean entregados o acreditados a los actores y sus condiciones de amortización se cumplan de acuerdo con lo previsto, no se advierte que las modalidades previstas para la cancelación de los bonos previstos en el art. 12 de la ley 25.725 impliquen, por sí mismas, la desnaturalización de los demandantes (doctrina de Fallos, 301:793; 302:564 y 322:232, entre muchos otros).". Para consolidación de deudas y ejecución de sentencias, ver Aberastury, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; Hutchinson, Tomás, "El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001-2, pp. 13-81.

[26] Gordillo Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado,* 9º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. XXI, "La responsabilidad del Estado en la práctica".

[27] "La verdad, la áspera verdad," como irónicamente señala Sthendal, *Rojo y Negro*, España, Planeta, 2001, p. 5 sin numerar.

[28] Ver *supra*, punto 1.3. y las referencias allí efectuadas.

determinado: el de la desigualdad y, como tal, se convierte en una técnica de gestión de esa desigualdad en el ámbito de la cosa pública. Por ello, oportunamente, exhortamos a un cambio de paradigma y a un cambio en la conceptualización del derecho administrativo.[29] Porque mientras se mantenga este paradigma de la desigualdad, sin importar los distintos regímenes jurídicos sobre responsabilidad estatal que estén vigentes o se sancionen, *siempre resurgirá* esa pretensión de irresponsabilidad.[30] De allí que el Estado siempre busque una miríada de complicaciones administrativas o legales para que cobrarle resulte prácticamente imposible.[31]

4.2. *Así habló Zaratustra: La naturaleza jurídica ha muerto*

Ya en otro lugar hemos sentado nuestra posición respecto de la naturaleza jurídica de los regímenes o instituciones de derecho.[32] En el caso del instituto que nos ocupa, se han enarbolado tres teorías: *a)* naturaleza administrativa; *b)* naturaleza jurisdiccional; *c)* naturaleza mixta.[33]

En dichos trabajos hemos señalado que la supuesta *naturaleza* se refiere a una finalidad y fundamento determinados que son dados en razón de un tiempo y espacio también determinados.[34] En Francia, la ejecución de sentencias es administrativa (al igual que en el anterior régimen español), sin embargo, estos países han tenido distintos problemas al momento de ejecutar las sentencias contra el Estado, a pesar de tener un régimen jurídico ejecutorio similar. De la misma manera, en nuestro país hemos importado el régimen constitucional de los Estados Unidos de América, hecho reconocido por la misma Corte Suprema en diversos fallos y, sin embargo, "[e]l derecho norteamericano no parece plan-

[29] Ver Bonina, Nicolás, "El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo" *La Ley, Suplemento Derecho Administrativo*, 2012 (junio), p. 1, en donde propusimos "una nueva definición del derecho administrativo, encarándolo como *una técnica, una herramienta, un producto del hombre que se utiliza para gestionar la desigualdad y el conflicto entre quienes ejercen la función administrativa y quienes interactúan con aquellos y, cuya gestión incluye a todas las materializaciones y formas que adoptan tales interacciones*."

[30] Sólo basta leer el art. 1765 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Decreto 191/2011 con las modificaciones introducidas por el PEN).

[31] Tampoco existe ningún libro del tipo "cómo cobrarle al Estado y no morir en el intento." O para peor, como se ha señalado, que sólo nos quede la apelación al cielo, ver Diana, Nicolás, "La justicia en el estado de emergencia: dar a cada uno lo suyo," *LL*, 2002-D, 747.

[32] Bonina, Nicolás, "Lo que el derecho es. Problemas epistemológicos a raíz del fallo Itzcovich", *La Ley*, 2005-F, 356.; Bonina, Nicolás / Diana, Nicolás, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, coautor, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2009; texto revisado, ampliado y modificado como nueva edición en *La deconstrucción del derecho administrativo*, México D.F., Novum, 2012. También puede consultarse: Bonina, Nicolás / Diana, Nicolás, "La senda del derecho administrativo en la jurisprudencia de la CSJN", *La Ley, Suplemento Extraordinario 75 aniversario*, agosto 2010, p. 40 y Bonina, Nicolás, "El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo" *La Ley, Suplemento Derecho Administrativo*, 2012 (junio), p. 1.

[33] Ampliar en Gimeno Sendra, José Vicente, "Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas," *REDA*, Nro. 27, p. 563.

[34] Ampliar en Bonina, "Lo que el derecho es"…, *op. cit.*

tearse el tema del cumplimiento de la sentencia" ya que, superada la barrera de la inmunidad soberana, "se da por sentado que el juez al sentenciar puede dirigir órdenes a la administración."[35] No hace falta aclarar que esto no es así en nuestro país, a pesar de que la plataforma constitucional es la misma.

Estas referencias evidencian claramente que la supuesta "naturaleza" no existe,[36] y consecuentemente debemos tener en claro lo siguiente: *a)* la ejecución de sentencias es un mecanismo tendiente a la garantía y efectivización de los derechos que fueron reconocidos en una sentencia que tiene carácter de cosa juzgada; *b)* cualquiera sea el régimen que se implemente, debe cumplir con el punto anterior, es decir, hacer efectiva la sentencia, ergo; *c)* poco importa ante quien se siga este proceso siempre y cuando se logre el fin cometido: El cumplimiento de la sentencia.

En nuestro caso, y en virtud del ordenamiento constitucional, se ha puesto en cabeza de los jueces, lo que no implica que pudiera efectuarse de manera distinta.[37]

El derecho es una mera técnica de gestión de la convivencia y del orden social.[38] Cada instituto jurídico sirve a un efecto. Hoy, el derecho es una técnica de gestión de la desigualdad.[39] Y cada instituto jurídico sirve al mantenimiento de esta desigualdad. Desde esta perspectiva, los institutos son efectivos porque mantienen la desigualdad. Si lo que queremos es un derecho que gestione la igualdad, entonces deberemos empezar a evaluar los actuales institutos jurídicos desde esta nueva perspectiva, evaluar si efectivamente conllevan a la igualdad o no. Y sino lo hacen, con un criterio netamente utilitarista, cambiarlos. Las "naturalezas jurídicas" sólo son la herramienta discursivo-ideológica para mantener y sacralizar el *statu quo ante*.[40]

4.3. *El Anticristo: Sobre el carácter declarativo*

"Dios ha muerto," NIETZSCHE, FIEDRICH, *Así habló Zaratustra.*

[35] MAIRAL, "La evolución...," *op. cit.* En el mismo sentido, TAWIL, *Administración y Justicia*, *op. cit.*, t. II, p. 470; quien además agrega que "el sistema norteamericano se ha caracterizado, desde antaño, y salvo contadas excepciones, por el pleno acatamiento de las decisiones judiciales, puesto especialmente de manifiesto por la facultad —limitada sólo excepcionalmente, tal como acontece con el *writ of mandamus* en el supuesto de actos discrecionales— con que cuentan los tribunales de esa nación para dirigir órdenes y prohibiciones a los entes administrativos mediante la emisión de *prerrogative writs*" (p. 471.)

[36] Y si existe, nos es imposible, por lo menos por ahora, descubrirla; ver BONINA, "Lo que el derecho es"..., *op. cit.*

[37] Estas especulaciones sólo tienden a desmitificar algunos dogmas. En nuestro régimen constitucional actual la administración activa no tiene facultades jurisdiccionales, lo que no excluye que puedan tenerla tribunales administrativos *independientes e imparciales*. En todo caso, consideramos que nuestro régimen constitucional es la más adecuada plataforma para encuadrar el régimen de ejecución de sentencias.

[38] BONINA / DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo*, *op. cit.*

[39] BONINA, "El derecho alienante", *op. cit.*

[40] BONINA / DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo*, *op. cit.*

Se ha destacado que existen varios fundamentos para establecer el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado, por ejemplo: *a)* la innecesariedad para el acreedor de la ejecución, que puede ser perjudicial para el interés público, basado en la solvencia y honestidad del Estado, que además tarde o temprano siempre cumple; *b)* para no perturbar la buena ordenación de las finanzas del Estado o no perjudicar el servicio público o no menoscabar o anular un interés tan legítimo como el que se trata de satisfacer y; *c)* en las atribuciones del Poder Legislativo para establecer erogaciones presupuestarias.[41]

Todos estos supuestos argumentos que sirven para sostener y fundamentar el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado son dogmas del pasado que no se corresponden con la realidad. El Estado es insolvente y se ha demostrado su deshonestidad en muchos casos.[42] Los servicios públicos están en su mayoría concesionados, y los que no, hace años que se encuentran en *estado de emergencia*.

En cuanto a la buena ordenación de las finanzas, que será motivo de desarrollo autónomo, consideramos que debe probarse en cada caso si la erogación en cuestión y en el plazo determinado puede llegar a perturbarlas o no, por lo que no es razonable limitar *ex ante* y genéricamente la ejecución de las sentencias si no se produce la *real y efectiva* alteración de las finanzas que el ordenamiento intenta proteger. En este caso, sencilla e inconstitucionalmente, se está estableciendo la irresponsabilidad del Estado.

Y respecto de las atribuciones del Poder Legislativo, hace tiempo que las ha cedido en forma masiva al PEN –en la figura del Jefe de Gabinete de Ministros– a tenor de la redacción que la Ley 26.124 ha establecido para el art. 37 de la Ley 24.156.[43]

Con lo cual, ninguna de estas razones constituyen fundamento suficiente pues la misma realidad pone en evidencia su falsedad. A esto hay que sumarle que cualquier facultad administrativa para evitar el pago de una sentencia que pueda considerarse como "régimen exorbitante" sólo puede tener como única finalidad y fundamento el favorecimiento de *la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad*.[44]

[41] Ampliar en Diez, Manuel María, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 197; también Mairal, "La evolución...," *op. cit.*

[42] Ver el lúcido trabajo de Nieto, Alejandro, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002.

[43] Sin embargo, esta delegación masiva de facultades legislativas en materia presupuestaria viene de mucho antes, tal como señalamos en Bonina, Nicolás / Diana, Nicolás, "Los superpoderes al jefe de gabinete", *LL, Sup. Act*. 27/07/2006, p. 1. Valga recordar que esta delegación masiva y en blanco es violatoria del sistema que surge de los arts. 75 inc. 8° y 85 de la Constitución nacional.

[44] Bonina, Nicolás / Diana, Nicolás, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009 y, de los mismos autores, *La deconstrucción del derecho administrativo*, México D.F., Novum, 2012. En similar sentido, ver el voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina*, *Fallos,* 314:1531 (1991), al señalar que la democracia no es sólo una organización del poder, sino un orden social destinado a *la realización de la plena personalidad del ser humano*. Ver, también, CSJN, *Portal de Belén*, *Fallos*, 325:292 (2002), en cuanto que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza

Por ello, proponemos excluir para siempre el término 'régimen exorbitante'[45] y cambiarlo simplemente por facultades otorgadas a la administración con la finalidad de coadyuvar a la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad, fin último del derecho administrativo[46] que consideramos que engloba suficientemente el concepto de interés público.[47] De esta manera, *si y sólo si* la administración preserva este interés público, estas facultades habrán sido utilizadas válidamente. Con esta concepción, se invierte la relación de poder, la relación de estructurante-estructurable: la facultad no partiría como emanación de un privilegio para la administración (el monarca) que podrá utilizarlo a su antojo siempre que no viole descaradamente alguna norma. No. Al contrario, con esta concepción y *background* epistemológico, dicha facultad se convertiría en una obligación y sólo podría ser utilizada válidamente cuando su uso conlleve a *la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad*

Esto impondría también a los jueces la obligación de verificar en cada caso concreto de incumplimiento de una sentencia, que las facultades utilizadas por la administración para no pagar hayan tenido como finalidad preservar la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad. Caso contrario, debería declarar inválida la falta de pago. Se impondría así un parámetro mucho más garantista, mucho más claro y preciso de actuación administrativa.

trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)". En este mismo sentido, CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, *Fallos*, 323:3229 (2000) y *Asociación Benghalensis*, *Fallos*, 323, 1339 (2000), entre muchos otros. En cuanto a la finalidad del derecho como herramienta para la autoafirmación del individuo, ver voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Sejean*, *Fallos*, 308:2268 (1986), "El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida no se vea frustrado." Igualmente, el voto del Dr. Baqué, "en la Carta Magna se promete a todos aquéllos que quieran habitar el suelo argentino un sistema coherente, amplio y efectivo de libertad individual que les permita desarrollar planes tendientes a alcanzar una vida satisfactoria para ellos y para su posteridad".

[45] Utilización del lenguaje que tiende a confundir el eje de la discusión: El ámbito de libertad y los derechos son la razón por la cual existe el Estado y el ordenamiento jurídico, para protegerlos y garantizarlos. Sobre la utilización del lenguaje a favor del poder, ver GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, Cap. I y CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre lenguaje y derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 4ª ed., p. 24 y ss.

[46] BONINA / DIANA, "La senda del derecho administrativo…", *op. cit.*

[47] Sobre el concepto de interés público, ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2000, Cap. VI, p. 28. Se hace énfasis de esta manera en la concepción del constitucionalismo que desarrollamos *infra*, punto 8. El Estado no posee facultades por que sí o por que son inherentes a su constitución como tal. Estas facultades tienen como mira la realización del interés público, y este es el único fundamento válido. Además, se hace hincapié en el carácter reglado (en mayor o menor medida) de todas las facultades de la administración. Y aun cuando la oportunidad, mérito o conveniencia no puede ser juzgada por los jueces, sí puede juzgarse la realización del interés público en cada caso concreto.

4.4. *No se puede limitar la ejecutabilidad ex ante, de manera genérica, sin probar la imposibilidad de pago*

"No es una simple impresión subjetiva, es un hecho: la Administración invoca *ad extra* toda clase de dificultades para incumplir los mandamientos de ejecución de las sentencias, el riesgo de una seria perturbación de sus servicios; pero cuando está 'en familia' y ella misma o sus servicios o empresas resultan los perjudicados ante aquellas Administraciones 'que con carácter sistemático' incurren en 'descubiertos' (preámbulo del Real Decreto de 14 de noviembre de 1986), entonces abate de golpe todos esos argumentos," García de Enterría, Eduardo, *Hacia…, op. cit.*, p. 133.

No se puede limitar la ejecutabilidad *ex ante*, de manera genérica, sin probar la imposibilidad real y efectiva de pago. El carácter declarativo de las sentencias, la inembargabilidad de fondos públicos, etc., son institutos inválidos, es decir, inconstitucionales. La administración *debe* en cada caso *probar la imposibilidad de pago*, y si no lo demuestra, entonces debe cumplir en un plazo razonable y en la moneda establecida en la sentencia.[48]

No existe ningún fundamento jurídico para limitar y prohibir *ex ante* la ejecutabilidad de las sentencias dinerarias contra el Estado. Cualquier instrumento normativo, legislativo o doctrinario al respecto sólo materializa la cruel realidad: que los ciudadanos somos cual esclavos que acatamos los antojos de nuestro soberano, que somos sometidos en una relación eterna de poder, donde ocupamos la posición del *estructurable*.

4.5. *La inembargabilidad de los fondos públicos: La madre del sinsentido*

"Las fórmulas generales de inembargabilidad no pueden extenderse a los bienes no afectados a un uso o servicio público, por exigencia de los artículos 24 y 132 de la Constitución," García de Enterría, Eduardo / Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo,* t. II, Madrid, Civitas, 1999, 6ª ed., p. 646, en referencia a lo decidido por el Tribunal Constitucional.

Según el art. 19 de la Ley 24.624 "Los fondos, valores y demás medios de financiamiento *afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público* [...] *y en general cualquier otro medio de pago que sea utilizado para atender las ero-*

[48] En el ámbito previsional —que cabe recordar se debaten cuestiones de carácter alimentario— se había llegado al absurdo de invocar el entonces vigente art. 16 de la Ley 24.463 –de limitación de recursos– en la contestación de la demanda. Cuando el magistrado de primera instancia rechazaba esta excepción por considerar que se trataba de una excepción para oponer al momento de ejecución de sentencias, la ANSeS apelaba y volvía a pedirlo en segunda instancia, y en la Corte Suprema. Luego de casi 10 años de trámite, cuando el expediente realmente entraba en la etapa de ejecución de sentencias, se le volvía a dar traslado y la ANSeS volvía a invocar la limitación genérica, sin demostrar en ningún momento la efectiva imposibilidad de pago.

gaciones previstas en el Presupuesto General de la Nación, son inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte del o de los titulares de los fondos y valores respectivos" (el resaltado es nuestro.)

No por nada a la ley de presupuesto se la ha denominado la ley de leyes: hasta el más nimio lápiz que se adquiera debe estar respaldado por una partida presupuestaria.[49] Toda actividad estatal debe estar prevista y contemplada en el presupuesto, consecuentemente *toda la actividad estatal (incluidos todos los valores, fondos, etc.) están de una manera u otra, afectados a la ejecución presupuestaria*, con lo cual, sutilmente, lo que esta norma pretende es establecer la inembargabilidad general del Estado, y en última instancia, la irresponsabilidad del mismo.[50]

En el derecho alemán, en cambio, "los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y realización" salvo "en dos genéricos supuestos: *a)* Cuando recaiga sobre bienes que sean indispensables para la satisfacción pública y *b)* cuando su realización 'contradiga un interés público.'"[51] Consideramos que este es el criterio a seguir. El principio debe ser el de la embargabilidad de cualquier bien estatal y, como excepción, en los casos concretos y necesarios, el Estado *podrá solicitar la inembargabilidad* de aquellos fondos que estén afectados a un servicio público o a una finalidad esencial del Estado, o que impidan la realización, autodeterminación y libertad de los hombres en comunidad o que obstaculicen seriamente el funcionamiento normal de la administración, siempre que estas circunstancias se acrediten fehacientemente en cada caso concreto.

De esta forma, partiendo de la concepción que proponemos, en una sentencia condenatoria a entregar sumas de dinero contra el Estado, el juez debería ordenar el pago en un período de tiempo determinado, por ejemplo tres (3) meses. Y el Estado deberá pagar o justificar de manera acabada por qué no puede pagar las sumas adeudadas, en el plazo establecido, qué otras actividades estatales se estarían afectando, etc. Y en caso de no tenerse por acreditada dicha imposibilidad y no verificado el pago dentro de los tres meses, el juez debería mandar a ejecutar la sentencia sin más trámite.

Véase que aun en un sistema de embargabilidad como principio rector, no se afecta el normal funcionamiento de la administración, ni sus facultades, ni las del Congreso. La inembargabilidad genérica y *ex ante* funciona como una cláusula

[49] Ello sin perjuicio de los recursos ejecutados por los fondos cooperadores y su exclusión del sistema de la Ley 24.156.

[50] Es como señalamos *supra*, el *regressus in infinitum* del viejo dogma de la irresponsabilidad estatal, es "retroceder ocho siglos en la historia, hasta ***antes*** de la Carta Magna de 1215," GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, Cap. 1, p. 6. En el mismo sentido, ver MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Buenos Aires, RAP, 10ª ed., 2004, p. 22, quien señala que los arts. 19, 20 y 21 de la Ley 24.624 son inconstitucionales pues colocan al Estado "fuera del orden jurídico pues los jueces no tienen forma de hacer cumplir sus sentencias."

[51] Ver GIMENO SENDRA, *op. cit.*

de reaseguro residual subyacente. O sea, si el Estado no quiere –y créasenos que nunca quiere–, no paga, porque total se ampara en que no está obligado a pagar.

Nosotros proponemos simplemente la inversión de la carga de la prueba y del paradigma subyacente: o sea, que el particular no tenga que probar que el Estado puede pagar –lo cual es imposible pues el manejo de las partidas es intrincado y sólo tienen acceso a ello rangos políticos bastante altos–, sino que sea el propio Estado que pruebe que no puede pagar. Así, el régimen sería bastante más equilibrado y la administración se vería obligada a salir de su inerte impunidad antojadiza para tener que justificar en qué casos no puede pagar, por qué, cómo, en qué plazo, etc.

En otro orden de ideas, debe advertirse que el dinero embargable, "en su carácter de cosa fungible que puede ser substituida por otras de la misma calidad, no es equiparable a los bienes del Estado afectados a un servicio público y por lo mismo indispensables a la subsistencia de la persona jurídica de existencia necesaria y exentos por ello de todo embargo."[52] Los únicos bienes insusceptibles de ejecución son los pertenecientes al dominio público ya que el mismo es inalienable e imprescriptible, a diferencia del dominio privado que se halla sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, "salvo algunas modificaciones."[53]

Por su parte, García de Enterría ha señalado que "[e]l dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna."[54] De esta manera, propone la implementación de "mandamientos judiciales de pago sobre la cuenta del Tesoro del Banco de España."[55]

4.6. *La inaplicación del principio de separación de poderes por su aplicación*

Se ha sostenido que ejecutar al Estado vulnera el principio de separación de poderes y, sin embargo, esta afirmación es otro dogma que necesita ser revisado. Estamos frente a un caso de inaplicación del principio de separación de poderes por su misma aplicación, pues debe entenderse que la Constitución otorga competencias a efectos de que sean utilizadas válidamente, es decir, en conformidad

[52] CSJN, *Fallos*, 116:80; 119:372, recordados por Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed., 1998, p. 112, en nota 134.

[53] Marienhoff, *op. cit.*, p. 24.

[54] García de Enterría, "Los postulados...," *op. cit.*, p. 14.

[55] Explica García de Enterría que, conforme la Ley General Presupuestaria, el Banco de España (que ejerce los servicios financieros de la Tesorería del Estado) debe otorgar al Estado anticipos "para atender a 'las necesidades del Tesoro Público derivadas de las diferencias de vencimiento de sus pagos e ingresos'" y por lo tanto, concluye, "la cuenta del Tesoro es siempre ejecutable, *haya o no crédito presupuestario,"* situación luego modificada por la cual los anticipos de Tesorería pasaron a ser "créditos singulares bajo el concepto genérico de Deuda Pública," ampliar en García de Enterría, Eduardo, "Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración," en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1992, p. 141 y ss.

con ella. Cuando ello no ocurre así, debe entrar en funciones el sistema de pesos y contrapesos y el órgano indicado para controlar no puede renegar de esta facultad y deber constitucionalmente establecidos para restituir el orden constitucional.[56] De esta manera, cuando la administración no cumple la sentencia —a más de violar el derecho de propiedad del particular y la garantía de tutela judicial efectiva— está extralimitando sus competencias constitucionales, pues ellas sólo le autorizan a actuar dentro del marco de la Constitución Nacional y la ley, es decir, está obrando fuera de sus competencias y allí es donde debe intervenir el Poder Judicial para restablecer el orden constitucional.

Oportunamente hemos dicho que "[l]a aplicación de la doctrina tradicional de la división de poderes y funciones estatales —que impone la igualdad cualitativa de los tres poderes—[57] a una realidad en la que los departamentos estaduales se encuentran en constante desequilibrio con una fuerte preeminencia del Ejecutivo, implica no sólo el distanciamiento entre derecho, instituciones y realidad, sino que determina la ineficacia de los dos primeros. Así, el individuo no se siente identificado con las instituciones, normas y principios que lo rigen, ya que contemplan supuestos ideales pero omiten los fenómenos reales, que son justamente los que afectan su vida cotidiana."[58] Por ello mismo "[a]l haber mutado las bases fácticas que otorgaban fundamento a la imagen tradicional de la división de poderes […] se torna necesario construir nuevos mecanismos de control y equilibrio. Y eso sólo puede ser realizado por el Poder Judicial. En este punto, nuestra judicatura todavía tiene una deuda pendiente con la sociedad. La división de poderes no puede constituir el fundamento de su auto restricción.[59] Al contrario, la evidente

[56] Como señala García de Enterría, "La Administración no puede entender sus poderes de forma que la faculten a la transgresión de las normas que la vinculan, pero el juez no puede tampoco entender sus funciones sino como un respaldo a la vinculación efectivas de esas normas, no como una posibilidad de sustituir, al margen por completo de esas normas y menos frente a ellas, la responsabilidad que el sistema jurídico, presidido por el orden constitucional, ha definido inequívocamente como propia del Poder ejecutivo y de cualquier otro poder público o administrativo. El único instrumento para que ese cuidadoso sistema de límites funcione es que los jueces contencioso-administrativos sean perfectos conocedores del Derecho público y de sus técnicas y no simplemente hombres con una vaga formación y animados de buena voluntad. Un déficit de formación —por desgracia, aún no infrecuente— lleva a los jueces al activismo irresponsable, a la confusión de poderes, a decidir los procesos por *slogans* políticos o por créditos excesivos dados al poder (créditos que la Ley no otorga), o por ocurrencias personales," ampliar en García de Enterría, "Los postulados...," *op. cit.*, p. 9.

[57] Sobre este tema, ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 10º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. II-3 y ss.

[58] Bonina / Diana, "La senda del derecho administrativo…", *op. cit.*

[59] No desconocemos el rol institucional de la Corte Suprema y su necesidad de valorar políticamente sus sentencias y las consecuencias de las mismas (explicado por Bianchi, Alberto, "Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema," *LL,* 1997-B, 994.) No nos caben dudas que la CSJN es la cabeza de uno de los poderes políticos del Estado y debe actuar como tal. Tampoco queremos omitir que nuestro Máximo Tribunal en su composición actual realiza grandes esfuerzos para reencauzar el desequilibrio real en la división de poderes [ver, por ejemplo, CSJN: *Intercorp S.R.L.* y *Hermitage S.A.* (sentencias dictadas en 15-VI-10), en materia tributaria; *Madorrán*, *Fallos,* 330:1989 (2007); *Ruiz* (15-05-07) y nota de Diana, Nicolás / Kodelia, Gonzalo S., "Cuando el valor histórico puede más que la mera dogmática", *LL,* 2007-C, 521; *Schiavone*, *Fallos,*

falta de equilibrio en la distribución de las funciones estatales en la práctica, hace necesario que sea el Poder Judicial quien vele por los derechos y garantías de los particulares,[60] de la manera más amplia necesaria, aun cuando ello se traduzca en la construcción de nuevos mecanismos de defensa del individuo frente al poder desmesurado del Ejecutivo, la pasividad del Legislativo y la incorporación de los grupos de poder económicos a esta dinámica."[61]

5. *Los mandamientos de ejecución*

Otro punto que consideramos relevante para este análisis es el de los mandamientos de ejecución. En otros países se acepta sin problema ni cuestionamiento alguno que el Poder Judicial pueda dictar este tipo de órdenes contra la administración.

Cabe referir que, incluso en nuestro país, en materia de derechos a la salud y de incidencia colectiva, el Poder Judicial ha ordenado diferentes mandamientos de ejecución contra el Poder Ejecutivo, quien tuvo que cumplirlos indefectiblemente sin que se vieran alteradas las finanzas públicas.

Consideramos que el tema de los mandamientos de ejecución es una de las claves en este problema. En el derecho comparado, aquellos países donde las *injuctions* le estuvieron vedadas o le fueron restringidas a los jueces, han tenido complicaciones en hacer cumplir sus sentencias.[62] Y por el contrario, en los países donde los jueces tienen plena facultad para emitir mandamientos de ejecución las sentencias se cumplen.[63]

332:1413 (2009); *Schnaiderman*, *Fallos,* 331:735 (2008); *Micheli*, *Fallos,* 332:2741 (2009); *Ramos* (6-IV-10) y *Sánchez* (6-IV-10), entre muchos otros, vinculados a empleo público y control del ejercicio de facultades discrecionales. En esta misma tendencia, no queremos omitir las soluciones de la Corte en las causas vinculadas a derechos humanos: *Simón, Fallos*, 328:2056 (2005); medio ambiente: *Mendoza, Fallos,* 329:2316; salud mental: *Tufano, Fallos,* 328:4832 (2005); *R., M. J., Fallos,* 331:211 (2008); libertad de expresión y manejo de publicidad oficial: *Editorial Río Negro, Fallos,* 330:3908 (2007); *Radiodifusora Pampeana, Fallos,* 331:2893 (2008); entre muchas otras, donde el Tribunal ha tenido un rol ordenador y tutelar frente a las omisiones de los otros poderes del Estado. No obstante tales esfuerzos, entendemos, que todavía resta mucho por hacer para reencauzar en forma óptima y eficaz el desequilibrio real en la división de funciones estatales, pero también y principalmente, para mejorar la salud institucional de nuestro país.

Vale destacar también, que todavía "[q]ueda un largo camino por recorrer, en materia de nulidad de disposiciones reglamentarias, de inconstitucionalidad de las leyes, de acciones declarativas de certeza e inconstitucionalidad, pero una puerta esperanzadora se ha abierto, pues como señalara Borges del soldado de Urbina, errante por España: «...Sin saber de qué música era dueño, atravesando el fondo de algún sueño, por él ya andaban don Quijote y Sancho»" (García Pullés, Fernando R., "Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?", *LL*, 2009-B, 186; anotando la sentencia en el caso *Halabi, Fallos,* 332:111 -2009-).

[60] Ver, por ejemplo, los comentarios del Dr. Ricardo Lorenzetti, en cuanto afirmó que "el Poder Judicial tiene que poner límites a los otros poderes" ya que "no hay poderes ilimitados", en *El Cronista Comercial*, edición del 01-06-2010, p. 7.

[61] Bonina / Diana, "La senda del derecho administrativo…", *op. cit*.

[62] Es el caso de España y Francia.

[63] Es lo que sucede en Estados Unidos y Alemania.

Siguiendo en esto a García de Enterría, entendemos que no existe en nuestro texto constitucional limitación alguna al *imperium* de los jueces para emitir mandamientos de ejecución y hacer cumplir sus sentencias, aún contra la administración.[64] No planteamos un activismo judicial irresponsable, pero los jueces deben asumir con plenitud las potestades que la Constitución les asigna en esta materia.[65] Sólo se aprende haciendo.

Y luego habrá que ver en cada caso las posibilidades —concretas— de abonar la sentencia en cuestión sin perjuicio real para las finanzas públicas, el funcionamiento del Estado, etc.

La emisión de *injuctions* no es menor,[66] y marca la diferencia entre los países donde la administración cumple y aquellos en los que no es así.

Reiteramos: no existe ningún impedimento constitucional para que los jueces ejecuten sus sentencias contra la administración, aún más, es un deber que se desprende del art. 18 CN y de los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22. Pero como toda competencia, cada juez, en cada caso concreto, deberá analizar si excede o no sus facultades y si la imposibilidad alegada por la administración es real o no. Sólo así podrá encontrarse en cada caso concreto el término medio aristotélico.

6. *La responsabilidad del funcionario y las astreintes*

La responsabilidad civil y penal del funcionario así como la posibilidad de que los jueces impongan astreintes no solucionan el problema de fondo: lograr un régimen claro, sencillo, rápido y que sea eficaz. Pues de qué vale la imposición de astreintes si el Estado luego no las abona y tampoco se puede ejecutar ni la sentencia ni las multas. Resulta mejor que la sentencia se cumpla o se haga cumplir en un plazo razonable y de manera sencilla, a que su cumplimiento se prorrogue por años y durante este tiempo se apliquen multas. Es que, irónicamente, mientras más abultada sea la suma a pagar, mayores complicaciones encontrará el particular para cobrar. Por ello, resulta más efectivo que el juez pueda hacer cumplir la sentencia en un plazo razonable y no adicionar multas que luego serán consolidadas por cualquier tipo de argumentación que permita el sistema vigente.[67]

[64] García de Enterría, "Los postulados constitucionales...," *op. cit.*

[65] Adviértase que estos problemas nos retrotraen a la época en que a la Nación sólo se la podía llevar ante los estrados judiciales cuando actuaba como una persona de derecho privado. Son dogmas que nunca mueren…

[66] Sobre esto hace especial referencia el informe del Consejo de Estado francés citado *ut supra*, nota 4, ampliar en García de Enterría, Eduardo, "La transformación del contencioso-administrativo francés:...," en *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, p. 201 y ss.

[67] Entiéndasenos: El sistema hoy admite ciertas argumentaciones tan genéricas que permiten que el Estado no cumpla la sentencia, y que en caso de astreintes, tampoco las abone. Ergo, lo que hay que modificar es el régimen.

Respecto de la responsabilidad del funcionario,[68] creemos oportuno señalar que "la verdadera garantía de la ejecución de las sentencias no ha de lograrse tanto con la responsabilidad personal de los funcionarios como con la formación de una fuerte conciencia jurídica y la creación de una jurisprudencia administrativista correcta, sensata y coherente."[69]

Queda, por último, la aplicación de las astreintes al funcionario, que puede llegar a ser una opción con mayor efectividad que las dos anteriores.[70] [71] Pero ello no quita la necesidad de reformar la legislación sobre la materia a efectos de volverla más rápida, sencilla y eficaz.

7. *Sobre el buen funcionamiento de las finanzas*

"No es perjuicio el que la Administración deje de disponer de dinero que no le corresponde retener," García de Enterría, *Hacia…, op. cit.*, p. 140.

Uno de los argumentos más utilizados para fundamentar la inembargabilidad de los fondos públicos y el carácter declarativo de las sentencias contra la Nación es que sin estos institutos se afectaría el buen funcionamiento de las finanzas y el principio de legalidad presupuestaria.

Según el cuadro que se muestra a continuación, podemos advertir de forma manifiesta que introducir como principio rector la embargabilidad de los fondos públicos no violenta la legalidad presupuestaria ni afecta el buen funcionamiento de las finanzas. Ello es así en virtud del sistema de compromiso de las cuotas presupuestarias. Sumado a ello, ahora el PEN puede realizar las modificaciones que considere necesarias durante la ejecución del presupuesto, con lo cual, de manera similar a lo que sucede en España, el principio de legalidad no sufre en ningún momento violación alguna.[72]

Como se muestra en el gráfico, el carácter declarativo de las sentencias condenatorias contra la Nación —y el argumento de la gravedad de la hacienda

[68] Vale enfatizar que el art. 1766 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Decreto 191/2011 con las modificaciones introducidas por el PEN), en juego con el art. 1765 del mismo Proyecto, eliminan la responsabilidad estatal y la del funcionario, por lo menos hasta que se establezcan normas de derecho administrativo específicas para esta materia.

[69] Ver Gaetano, citado por Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, p. 193, nota 42.

[70] Gordillo, Agustín, "Hay jueces en la Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer astreintes a los funcionarios públicos," *LL,* 2004-C, 152.

[71] Vale señalar que el art. 804 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Decreto 191/2011 con las modificaciones introducidas por el PEN), elimina la aplicación de astreintes a los funcionarios públicos, derivando la aplicación de estas sanciones conminatorias, en estos casos, a las normas propias del derecho administrativo, lo cual genera un vacío legal pues todavía al día de la fecha en el régimen nacional no existe un Código Procesal Contencioso Administrativo.

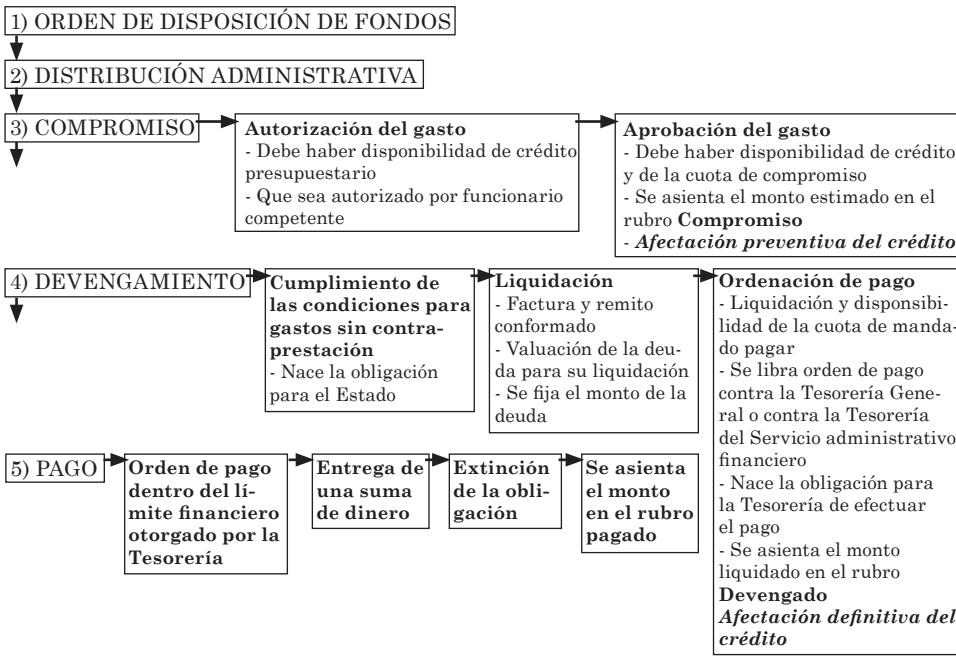
[72] Es lo que surge de los arts. 30 y 37 de la Ley 24.156, y de los arts. 30 y 37 del Reglamento de la Ley 24.156 aprobado por Decreto 1344/2007. Sólo quedan "reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto." (art. 37 Ley 24. 156).

pública— es irrazonable e inconstitucional, ya que cuando una sentencia es notificada al órgano administrativo se inserta entre el paso [2] y [3], con lo cual, si no existen partidas suficientes para comprometer el crédito, el Estado debería notificarlo al magistrado y éste decidir en base a las constancias de autos.

Es decir, en un régimen con embargabilidad como principio, tal como planteamos, el magistrado dictaría sentencia condenatoria, la notificaría al Estado otorgándole un plazo de tres meses, por ejemplo. Si el crédito en cuestión afectase las finanzas públicas o si no existiesen partidas suficientes para comprometer dicho crédito, el Estado debería acreditarlo fehacientemente en el expediente, a fin de recalcular la fecha posible de pago.

Las arcas públicas y el buen funcionamiento de la Nación nunca se verían en peligro, ya que si el crédito se compromete contablemente, significa que existía la partida presupuestaria para hacer frente al mismo. Si en cambio, ellas no existen, nunca se procederá a comprometer el crédito respectivo.[73]

A mayor abundamiento, con la actual regulación del régimen (art. 37 Ley 24.156) el propio PEN puede modificar la finalidad de las partidas presupuestarias, con lo cual, siempre podría reorganizar las erogaciones a fin de mantener el



[73] García de Enterría/Fernández han criticado la excepción referida al grave trastorno de la hacienda pública prevista por el art. 106.4 LJ, García de Enterría/Fernández, t. II, *op. cit.*, p. 648. En todo caso intentamos demostrar que el régimen actual resulta irrazonable porque administrándolo correctamente nunca se debería llegar a una situación de trastorno grave por cumplimentar una sentencia.

buen funcionamiento de la administración y cumplir a la vez con las sentencias y con el ordenamiento jurídico todo.

8. *Los dogmas y el orden constitucional: La gaya ciencia*

La situación actual evidencia una confusión sobre el eje de la discusión. Como dijimos en otra oportunidad[74] el eje del constitucionalismo moderno es el ámbito de libertad, de derechos; y la excepción es el poder estatal.[75] Somos nosotros mismos quienes debemos decidir por un derecho administrativo como técnica de gestión de la desigualdad o por un derecho administrativo como técnica de gestión de la igualdad y la libertad, con miras en coadyuvar la realización y autoafirmación de los hombres en comunidad. Todo lo demás será mero palabrerío, mera retórica que sólo constituye excusa y argumento para mantener el *statu quo inaequalitas*.

Por ello, la ejecución de sentencias debe concebirse como un mecanismo para la efectivización y materialización de esta realización y autodeterminación humana en libertad. Debe convertirse en un *mecanismo de garantía*. De allí que mal puede la administración pretender limitar *prima facie* la ejecutoriedad de las sentencias en su contra con argumentos dogmáticos, fundamentos genéricos, etc. Cambiar el eje de la discusión es fundamental para entender la finalidad de este régimen que, reiteramos, debe ser la garantía de los derechos.

Esta garantía tiene raigambre constitucional y supranacional. A más de la tutela judicial efectiva que desarrollamos *supra*, cabe señalar que el art. 17 de nuestra Constitución asegura la inviolabilidad de la propiedad privada que, según la interpretación de nuestro Máximo Tribunal está integrada por "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad."[76]

De esta manera, cuando una sentencia condenatoria de dar sumas de dinero contra el Estado pasa en autoridad de cosa juzgada,[77] "constituye un bien que se incorpora al patrimonio del beneficiario del pronunciamiento, y del cual no

[74] Bonina, Nicolás, "Lo que los jueces dicen que hacen y lo que efectivamente hacen. A modo de juego metodológico," *LL*, 2005-B, 842, "el constitucionalismo nace con la idea de someter el gobierno a la ley. Esta génesis evoluciona hasta nuestros días modificando el paradigma: antes los derechos eran *otorgados* por el monarca, hoy los derechos *preexisten* a la constitución del Estado moderno. De esto se concluye que en el constitucionalismo actual los derechos constituyen el eje principal y la organización política sirve para la garantía y protección de estos derechos."

[75] "El derecho administrativo es derecho constitucional y política, es lucha contra el poder —cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es la aventura de pensar," Gordillo, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1., Cap. I, p. 6.

[76] CSJN, *Fallos*, 145:307, *Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal*, 16-XII-1925.

[77] El concepto de cosa juzgada ha sido definido como "*la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla,"* y así "Además de la autoridad, el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia" que comprende la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la *coercibilidad*, ampliar en Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed. (póstuma), 1997, p. 399 y ss.

puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad."[78] Y ello es así pues dicho crédito constituye un *derecho adquirido* del particular.

9. *El criterio a seguir*

Resulta paradigmática la facilidad con que importamos a nuestro país las enfermedades del derecho comparado, pero no así los remedios. La tendencia en este tema persigue asegurar la tutela judicial efectiva, establecer trámites más rápidos y enfatizar los poderes de los magistrados para lograr el cabal cumplimiento de la sentencia ante una administración recalcitrante.

En "[e]l derecho norteamericano no parece plantearse el tema del cumplimiento de la sentencia" ya que, superada la barrera de la inmunidad soberana, "se da por sentado que el juez al sentenciar puede dirigir órdenes a la Administración."[79]

Tanto el derecho francés como el español han tenido problemas en este tema. En ambos países se ha efectuado una profunda reforma de sus regímenes contenciosos-administrativos.[80] En Francia se incrementaron los poderes de los magistrados otorgándole la facultad de imponer astreintes y emitir *injonctions d'exécution*.[81] España se enrola en esta misma postura —luego de la Constitución de 1978, la Ley de Jurisdicción (LJ) de 1998 y una intensa actividad del Tribunal Constitucional (TC)—, con un sistema de créditos presupuestarios ampliables y modificaciones presupuestarias de carácter administrativo similar al nuestro (art. 106 LJ.)[82]

[78] Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 508.

[79] Mairal, "La evolución...," *op. cit.*; Tawil, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 470-71.

[80] Ver para Francia, de Laubadère, André / Venezia, Jean Claude / Gaudeme Yves, *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, LGDJ, 15ª ed., 1999, p. 482 y ss.; García de Enterría, "La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma;" del mismo autor, "La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: Ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas," y "La transformación del contencioso-administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias," todos en *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, pp. 79-103, pp. 163-174 y pp. 201-235, respectivamente; Tawil, Guido Santiago, "La reforma del contencioso administrativo francés," *LL*, 1988-C, 852. Para España ver García de Enterría, "Los postulados....," *op. cit.*; "Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración," en *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, pp. 105-148, García de Enterría, Eduardo / Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 6ª ed., 1999, p. 639 y ss.

[81] Ampliar en Laubadère, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 486. Para las reformas de 1980 y 1987; ver Tawil, "La reforma del contencioso administrativo francés," *op. cit.*; y también García de Enterría en los trabajos citados en nota 64.

[82] García de Enterría / Fernández, *Curso...*, *op. cit.*, p. 646 y ss.

En Alemania[83] el régimen es rápido[84] y existe una clara conciencia por parte de la administración en lo referente a cumplir sólo mediante coerción.[85] En este ordenamiento "se parte de la base de que los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y realización."[86] Esta regla tiene dos excepciones: *a)* Aquellos bienes que sean imprescindibles para el cumplimiento de funciones públicas y *b)* aquellos respecto de los cuales su realización contraríe un interés público. Como se ha señalado, "en todo caso, la inembargabilidad de un determinado bien corresponde pronunciarla al Tribunal, quien ha de conocer de ella a través de un incidente de ejecución en el que necesariamente ha de oír previamente al funcionario o, en su caso, al Ministro competente, sin que las alegaciones de la Administración puedan vincular la resolución del Tribunal."[87]

A pesar de esta tendencia internacional hacia el incremento de los poderes de los magistrados para ejecutar la sentencia, para lograr que este proceso sea más rápido y efectivo, en nuestro medio, seguimos haciendo las cosas al revés. No sólo no seguimos los modelos de las legislaciones más avanzadas sobre el punto, sino que además reafirmamos infatigablemente los dogmas del pasado. Y esto no es todo, con la sanción de la Ley 25.973[88] se extendió el régimen de inembargabilidad genérica de los fondos y valores públicos a todas las provincias.[89]

10. *La voluntad de poder: Algunas opciones para el proceso de ejecución de sentencias*[90]

De conformidad con el *background* teórico desarrollado en este trabajo, consideramos como una alternativa adecuada la siguiente:

[83] Ver Gimeno Sendra, "Alternativas a la disfuncionalidad...," *op. cit.*; González-Varas Ibañez, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993; Blanke, Hermann-Joseph, "El patrimonio financiero como bien público ejecutable en el derecho alemán," en *Série Cadernos do CEJ*, 23, p. 434, gratuitamente en www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo19.pdf.

[84] Desde que se anuncia la ejecución a la administración, se le ofrece un plazo de dos semanas a un mes para que cumpla voluntariamente, vencido el cual el tribunal decide el modo de hacerla efectiva.

[85] "...lo [sic] hace daño a la reputación del Estado y a la confianza de la publicidad en la Administración, si una autoridad satisface una sentencia judicial sólo por coerción," argumentación del gobierno alemán en BT-Drs. III/55, p. 49, citado por Blanke, *op. cit.*, p. 439.

[86] Gimeno Sendra, "Alternativas a la disfuncionalidad...," *op. cit.*

[87] Gimeno Sendra, *op. loc. cit.*

[88] B.O., 31-XII-04, ADLA 2005 - A, 42, cuyo art. 1º establece: "Declárase aplicable en beneficio de las provincias, los municipios y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en relación a los fondos públicos que le pertenecen, el régimen de inembargabilidad establecido por los artículos 19 y 20 de la ley 24.624 y sus normas complementarias, o las que en el futuro las sustituyan."

[89] A la fecha, según información de www.laleyonline.com.ar, se han adherido: Chubut: Ley 5354 (LXV-D, 4235) - Chaco: Ley 5590 (B.O. 05/09/2005) - Córdoba: Ley 9504 (LXVIII-D, 3486) - San Luis: Ley VIII-0674-2009 (B.O. 30/09/2009) – Misiones: Ley 4315 (LXVI-D, 4303).

[90] Entre otras propuestas que se han ofrecido, Mairal sostiene que el privilegio del art. 7º de la Ley 3952 no debe mantenerse en términos tan absolutos, y que "sería más compatible con las garantías constitucionales disponer, sencillamente, que la sentencia condenatoria contra la Nación

El magistrado, al dictar sentencia contra la Nación, deberá fijar el plazo para su cumplimiento, el que no debería ser superior a tres meses.[91] Además, debería establecer un plazo no mayor a un mes, para que en caso de imposibilidad de pago el órgano administrativo acreditara tal circunstancia.

Si, vencido el plazo, el Estado no cumpliera con la sentencia abonando lo debido y tampoco acreditara la imposibilidad de cumplimiento, quedará expedita la vía ejecutiva, con la sola excepción del embargo de bienes que se utilicen para el mantenimiento o cumplimiento de las funciones públicas esenciales[92] o aquellos cuya realización contradiga un interés público.[93]

Si el Estado alegara imposibilidad de pago durante el primer mes, debería acreditarla mediante un informe detallado (no genérico), en base a *i)* las partidas presupuestarias asignadas al órgano demandado y la afectación de las mismas (con lo que el magistrado podrá decidir si están afectadas a servicios públicos o fines esenciales); *ii)* el destino que se les dio hasta ese momento; *iii)* si ese destino fue el previsto originariamente o no; *iv)* el destino que se les dará a las partidas pendientes de ejecución; *v)* cuentas bancarias[94] y bienes muebles y *vi)* un listado de prelación de los acreedores de dicho órgano, con mención de nombre y apellido o razón social, monto y causa del crédito.[95] A su vez, debería efectuar una estimación de cuándo podrá abonar la sentencia en cuestión.[96]

El magistrado, en base a este informe, decidirá si hace lugar a la excepción y prorroga el plazo de cumplimiento, o si, en cambio, confirma el término originario, vencido el cual, quedará expedita la vía ejecutiva. Adviértase que el magistrado no podrá juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia del destino de las partidas presupuestarias pero en cambio sí podrá—y deberá— decidir si el destino otorgado o a otorgar está en relación a un servicio público o finalidad esencial del Estado. Si no fuere así, podrá embargar esos bienes.

fijara el plazo en que ella debe cumplirse en atención a las circunstancias del caso," MAIRAL, *Control judicial*..., t. II, *op. cit.*, p. 913.

[91] Este plazo es un disparador que resulta del análisis efectuado en este trabajo, pero que no deja de ser arbitrario.

[92] Es decir, aquellos bienes que "de subastarse pusieran en peligro el suministro de la población o el funcionamiento de la Administración," GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *op. cit.*, p. 317. Se incluirían en este ítem los bienes que se afecten a servicios públicos y remuneraciones estatales. Obviamente, el Estado deberá probarlo concretamente.

[93] Como colecciones u objetos de arte, archivos, instalaciones deportivas, parques, etc., ampliar en GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *op. cit.*, p. 317.

[94] Según el art. 78, inciso V, apartado 5.1. del Reglamento de la Ley 24.156 aprobado por Decreto 1344/2007, titulado "Registro de Cuentas Oficiales", "La TESORERIA GENERAL DE LA NACION mantendrá una base de datos denominada Registro de Cuentas Oficiales, que contendrá la información indicada en el punto 7.2. incisos a) hasta g) ***en la que se incluirán las cuentas bancarias autorizadas y/o informadas por los organismos del Sector Público Nacional***." (el énfasis nos pertenece).

[95] Este listado de prelación debería ser publicado y actualizado, al menos trimestralmente, por cada órgano administrativo, para que los particulares conozcan cuál es su situación.

[96] Propuesta que no será vinculante para el juez si de las constancias del informe y del caso surge que el Estado puede cumplir.

No somos inocentes. El cumplimiento cabal de las sentencias contra el Estado no tiene una solución mágica e inmediata. Pero invertir el paradigma y la carga de la prueba, rodear de garantías a dicho proceso, hacerlo más transparente y poner límites a la discrecionalidad pueden ser factores que favorezcan un mecanismo más ágil, donde los jueces tengan mayor intervención y poder de dirección.

En todo caso, es hora de decir, junto a ZARATUSTRA, que *el paradigma vigente ha muerto.* O en otros términos: el paradigma vigente debe ser suplantado por otro que garantice la tutela judicial *efectiva*, *rápida* y *sencilla.*

Es hora de declamar que ha llegado el tiempo en el que derrotemos al paradigma de la desigualdad y transformemos al derecho administrativo –y a nuestras instituciones jurídicas y políticas– en una técnica de gestión de la igualdad, cuya finalidad sea la realización, autodeterminación y libertad de los hombres en comunidad.

Se trata de transformar todos los valores[97] que subyacen en nuestras concepciones e ideologías más arraigadas.

No es fácil. Lo sabemos. Es un proceso lento y progresivo, un proceso *humano, demasiado humano*, pero vale la pena intentarlo...

[97] Es uno de los conceptos clave de la filosofía de NIETZSCHE, junto con el nihilismo y la muerte de Dios, la voluntad de poder, el eterno retorno y el superhombre.

Capítulo XX

EL TIEMPO EN LA DECISIÓN JURÍDICA[1]

Por Agustín Gordillo

Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 8 y 9 de junio 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

En la presente exposición intentaré delinear los siguientes puntos: 1) Que el control judicial define al derecho administrativo; 2) que ese control judicial debe ser oportuno: "Justicia demorada, justicia denegada;" 3) que tal control oportuno se hace a través de medidas cautelares, urgentes, innovativas, autónomas, etc. y del amparo u otros procedimientos urgentes; 4) que uno de los casos más originales y que requiere mayor atención es el de la audiencia preliminar de conciliación —llamada de oficio por el juez—, de la cual hay algunas experiencias en la práctica; 5) es el problema de los tiempos de la toma de decisión en la administración, en el profesional que toma el caso y en el juez al resolver, casi un problema psicológico pero que, creo, es clave; y 6) distintos ejemplos y el caso particular de las papeleras y de la interrupción del tráfico internacional de mercaderías, con la venia de nuestros hermanos uruguayos, que se la pedí previamente.

En cuanto al primer punto, yo como discípulo de Bielsa aprendí muy bien su definición de derecho administrativo —la cual incluía el control jurisdiccional de la administración pública en la vieja terminología de origen francés que todavía rige en muchos países—, y que si no hay control no hay derecho administrativo que merezca el nombre de tal. En nuestro sistema, Derecho Administrativo es la rama del derecho que estudia el ejercicio de la función administrativa y su control judicial. Para mí el eje está allí, en el control judicial, lo pienso así desde hace 45 años.

[1] Publicado originalmente en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, 2007, pp. 146-58; también disponible en http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf

Entre el binomio de control jurisdiccional por tribunales administrativos, o el control judicial por tribunales que están o no dentro del Poder Judicial, es interesante el acuerdo semántico que se ha logrado en el artículo 47 del Proyecto de Constitución Europea, proyecto que quizás jamás será *Constitución*, pero, de todos modos, los acuerdos perduran. Allí han hecho una versión uniforme en todas las demás lenguas menos en francés; la versión en francés tiene algo que la distingue de las otras, y algo en común tienen ambas definiciones, la garantía de acceso a un tribunal como parte esencial de los derechos humanos. La terminología, en definitiva, coincide en que en ambos casos debe haber *acceso a un tribunal independiente e imparcial*, llámeselo como se lo llame, esté donde esté. Da lo mismo que el Consejo de Estado de Francia figure presidido por un funcionario de la administración pública si es claro que lleva tiempo largo de verdadera independencia. El problema no es entonces cómo se lo llama ni dónde está, sino *cómo ejerce la función*, básicamente, si es o no imparcial e independiente. Una ligera anécdota nos ilustra claramente lo que pretendo explicar: En 1960 le pregunté a Jean Rivero en su visita a Buenos Aires por qué no trataba en su *Manual de Derecho Administrativo* el tema del procedimiento ante la administración pública y su respuesta fue de una sencillez maravillosa y un candor excepcional, dijo: "Porque en Francia tenemos el Consejo de Estado."

Ahora bien, ese control judicial en estos tiempos —quizás siempre pero en estos tiempos más que nunca— debe ser oportuno. El mundo avanza muy velozmente, la administración no tan velozmente, pero hace cosas que se van concretando en los hechos, los hechos se perpetúan y si el control judicial no llega al germen del problema para ahí terminar la eventual ilegitimidad, simplemente no sirve. Volveré sobre este punto para demostrarlo con ejemplos.

Diría, por de pronto, que la doctrina coincide en líneas generales y con algunas salvedades en que sería bueno que esto fuera así, es decir, sería deseable que así fuera; pero claro, nunca faltan los comentarios (en voz baja) sobre las dificultades que esto presenta, que no es tan fácil hacer justicia cautelar, oportuna, inmediata, urgente, innovativa, autónoma, etc.

Y con ello entramos al tercer punto, que es la *diversidad de medidas*. Muy al comienzo de la historia de esta materia se destacaba mucho más la *suspensión del acto administrativo*, puramente como medida de no innovar; apareciendo, luego, otras cautelares urgentes, las *cautelares innovativas*, en las cuales ya el juez modifica la situación de hecho, no se trata de suspender el acto ni de una orden de innovar, sino de "hacer esto que le ordeno." Más tarde, aparecen las *cautelares autónomas*, en las cuales el juez ni siquiera requiere que exista un litigio, sino que dice "mire, venga con la cautelar que se la resuelvo," ya está, asunto terminado. Así, a todas —salvo la última con esa nota de la provisionalidad— luego les seguirá el juicio y al final de éste recién se verá si el juez hizo bien o mal, si será necesario adecuarlo, modificarlo, etc., o no.

Hay en la Argentina casos de medidas tomadas por un juez de primera instancia, con minutos para la toma de decisión. Me tocó presenciar una siendo yo el abogado litigante, en esos casos siempre me doy 5 minutos para pedir una cautelar, es el tiempo que me *auto-otorgo* para que me reciban; al tercer minuto de mi exposición el magistrado mira su reloj, con lo cual yo callo la boca —o sea, interrumpo mi exposición—, se queda pensando y dice: "No, no, dice, antes del mediodía no la voy a poder tener." Luego, a las tres de la tarde sacó la decisión, la Cámara la revocó parcialmente y llegó a la Corte. La Corte, por último, confirmó totalmente la decisión de primera instancia, es decir, había acertado totalmente en la decisión, pero ese juez que —a mi juicio como litigante— era un magnífico juez y siempre acertaba, se tuvo que ir del Poder Judicial porque no les caía bien a los demás colegas que alguien hiciera justicia en una forma tan eficiente y tan rápida, entonces le dijeron que no fundaba bien las sentencias, que sus decisiones parecían una carta documento, y él contestaba: "Y qué quiere, no tengo tiempo. Si escribo un tratado no hago las cautelares, entonces tengo que optar entre hacer las cautelares breves o no hacerlas. Hagan ustedes si quieren los tratados después, cuando me revisan las decisiones."

Pero más original todavía es el caso de la audiencia preliminar: Viene la demanda y, con o sin contestación —según quiera, porque esto es una discreción del juez,— llama una audiencia de conciliación, una audiencia preliminar. Todo código faculta que el juez llame a una audiencia de conciliación.

La experiencia argentina, para ubicarla concretamente en la provincia de Buenos Aires —que son 120 municipios más la provincia misma— hay alrededor 50 juzgados, pero hay uno sólo que hace lo que yo estoy contando y de la forma que les voy a contar, y el juez que lo hace —el juez ARIAS—, es un juez al cual algunos admiramos extraordinariamente y algunos de sus colegas lo miran con cierto resentimiento y le dicen que es un juez mediático ¿Por qué? Porque hace justicia inmediatamente y a veces tiene repercusión periodística. En la Nación había hace muchas décadas un juez de primera instancia federal, GRAU, que hacía más o menos lo mismo y lo llamábamos "el loco Grau." Ahora bien, GRAU, por ejemplo, ya no tenía tanto acierto ni tanta prudencia, pues una vez suspendió una exportación de 400 mil toneladas de trigo con el barco cargado en el puerto como medida cautelar en un amparo y a la semana resolvió el amparo rechazándolo. Esto no es serio porque entonces quiere decir que cuando dictó la cautelar no estaba pensando de verdad con la coherencia con la cual resolvió el rechazo del amparo. Él se divertía haciendo esto y, por cierto, no es más juez. En el orden federal, esto lo hacía cuando era juez de primera instancia GUGLIELMINO, también malmirado por sus colegas porque realmente el esfuerzo que él ponía para poder hacer justicia inmediata y oportuna hacía quedar mal a sus compañeros, y él solía decir que esto era una diferencia de trabajo simplemente, con lo cual implícitamente trataba de haraganes a los demás. Tampoco es más juez, pero debido

a que ascendió, pues ahora es Procurador del Tesoro de la Nación. O sea, estoy diciendo que esto, si bien no es una novedad, no es la ortodoxia, es la heterodoxia y hacerlo es algo que plantea sus riesgos para el juez que decide cumplir con este *desideratum* de la justicia oportuna.

A mi criterio todo esto proviene de un problema que es, en definitiva, psicológico y hablo en base a una experiencia de toda la vida. Yo creo que los tiempos de la toma de decisión, los tiempos que a una persona le lleva ver el problema más su documentación hasta que está en condiciones de decir blanco o negro y escribirlo, hay que compararlos: Así, en la administración se equipara al funcionario que firma una decisión; en el caso de los letrados, a la toma de un caso, y en el del juez a cuando escribe y firma una sentencia. En mi caso de funcionario administrativo, antes como dos veces como decano, pues soy profesor de toda la vida y ahora como sigo siendo profesor debo tomar decisiones, en una universidad estatal soy funcionario público, debo tomar decisiones constantes con los alumnos. Claro, en primer lugar, como decano me llegaba el expediente —por supuesto, muchísimo trabajo— muchas veces me llegaba listo para la firma —a todos los funcionarios les llega siempre listo para la firma, entonces, una posibilidad (que la he visto infinidad de veces) es que hay una parva de expedientes, alguien lo ayuda a uno y entonces uno empieza a firmar arriba y va bajando; y también cuando a la inversa me sucede que me recibe un funcionario que tiene firma de despacho a su cargo, he visto gente hablando conmigo mientras está firmando sin mirar lo que alguien le está poniendo y sacando de su firma. Esto lo he visto en todos los niveles de la administración, incluyendo gobernadores y presidentes de la República: Firmar sin leer.

Hay un caso más para comentar, en la Argentina, de un presidente —respetable, por cierto— que tenía una persona de su extrema confianza que le hacía la firma, o sea, todas las cosas que eran de trámite normal las firmaba esta persona y ponía "El Presidente," mientras el presidente ni se enteraba, y como este hombre era de su extrema confianza y brillante, realmente las cosas que eran de trámite salían todas y no se detenían inútilmente a la espera de que el presidente leyera el expediente.

Esto va avanzando en el reconocimiento, así en el caso de los ascensos en las fuerzas armadas deben ser como en todos lados por decisión presidencial por ejemplo, pero en Estados Unidos ya hace mucho tiempo que se usa una firma facsimilar, digital, pero —atención— no en el sentido que nos explican todas las conferencias, es decir, de que hay alguien que pone su inteligencia para que se use el código que represente verdaderamente que el funcionario de verdad mandó ese código allí, no, no, no, es un proceso automático, el presidente de los Estados Unidos ni se entera quiénes van ascendiendo en las fuerzas armadas, confía en que el procedimiento funcione bien y luego se halla ahí un papel donde aparece una firma electrónica que no la puso el presidente ni sabe siquiera que está allí.

Yo me preguntaba cuando veía los hermosos certificados que nos han dado, el trabajo que da, los estaba mirando y son firmas auténticas, perdón, son firmas originales, auténticas no sé, alguna las conozco y puedo decir que son auténticas y originales, pero ahí atrás o adelante hay un pequeño signo que puede significar cualquier cosa, a lo mejor es por autorización de…, por…. Esto lo hemos visto infinidad de veces, y particularmente he visto muchas veces en mi país, que siendo yo el conferenciante, por ejemplo, me traen a firmar los certificados, hay 6 firmas ya, todas facsimilares y la única auténtica va a ser la mía, entonces digo: "¡¿Y por qué yo tengo que firmar?! Hagan una mía facsimilar también, caramba." En mi país, en mi relación con la administración pública como profesor se admite ya hace tiempo la firma facsimilar por computadora, suponiendo que yo podré realmente manejar eso, y ¡qué código alfanumérico, nada! va un papel con una firma que obviamente es un facsímil y la facultad la tramita suponiendo que si va con un facsímil será por que yo me ocupo de que no vayan con un facsímil las que no deban ir. Podrá haber problemas, pero mientras tanto el 100% —hasta ahora— de los casos son sin problemas, alguna vez habrá uno y, bueno, lo veremos.

Es decir, el funcionario administrativo en definitiva decide en un segundo, no nos equivoquemos: Firma o no firma. Cuando yo era decano —claro, administrativista de decano es el juguete perfecto— si no me gustaba lo que me traían, tomaba papel membretado, de copia, y carbónico en aquél entonces, lo ponía en la máquina, en el rodillo, y escribía: "Buenos Aires" o "La Plata etc.," "El Decano, etc., resuelve: artículo 1, 2, 3," era una fiesta para mí, pero esto porque tengo este vicio, nada más, sino uno dice: "Mire, corrija esto y tráigamelo de vuelta y se lo firmo." O sea, hay apenas segundos para esa decisión, por eso a mí me causa tanta gracia cuando después todos los libros empiezan a hablar de las garantías objetivas y subjetivas, pienso, no me cuente el cuento ¡por Dios! son segundos la toma de decisión.

Ahora bien, en otro caso: Yo soy abogado, me cae un señor todo lloroso que tiene ahí un acto que a le desconoce sus derechos, se los lesiona, y yo tengo, no segundos, no minutos, lo puedo entrevistar con cierta comodidad una hora, una hora y media —tampoco puedo estar 10 horas con el hombre— pero en esa hora, hora y media a lo sumo, le puedo pedir que me traiga más papeles mañana, o si es una empresa voy a ver los papeles a la empresa mañana, lo puedo estirar un día, dos, pero sea en la entrevista, sea en un día o dos, tengo que decirle "mire, tomo su asunto" o "no lo tomo," y él me dirá "se lo pago" o "no se lo pago," que es la segunda parte. Suponiendo que él cumpla la segunda parte y acepte, en todo caso, mi decisión de tomarla es veloz necesariamente, no puedo decirle "dentro de un par de años le contesto," "no por Dios, dígame ya o voy a otro abogado," entonces yo ya decido si tomo o no el asunto y después me las arreglo para ver cómo hago con ese asunto y si veo que finalmente me equivoqué, pues buscaré la forma de salirme del asunto lo más elegantemente que pueda. Pero uno desarrolla

como profesional el entrenamiento de tratar de tener la suficiente intuición y la suficiente perspicacia como para ver a través de los papeles y tomar la decisión que uno después pueda en paz defender, a conciencia, hasta la decisión final; en definitiva, poco tiempo también, minutos, a lo sumo una hora, excepcionalmente hasta el día siguiente, hasta que lleguen los papeles. Pero yo diría que, en mi caso, la tomo francamente en pocos minutos, como cuando era funcionario público también. No digo que la tome bien, digo en cuánto tiempo la tomo.

Luego viene el tema de la decisión judicial. Al respecto quiero contar lo que conozco, que son los tribunales internacionales de los cuales formo parte y algún otro del que también formé parte. Mi experiencia no es intensa porque estos tribunales se reúnen una o dos veces al año, pero cuando el tribunal se reúne está el expediente listo, terminado, falta la sentencia del juez. No digo que esto sea justicia rápida porque el tiempo previo varía, en cada organismo internacional difiere el tiempo previo antes de que llegue al tribunal para sentencia, normalmente no es demasiado extenso, pero difiere. En todo caso, tomo un avión, voy a la ciudad tal, me muestran ahí los expedientes, a veces los tengo antes, a veces no, a veces tengo algunos y otros no. Pero en todo caso, luego de que me repuse durante dos días del viaje, y estoy finalmente al tercer día en condiciones de empezar a trabajar en el tribunal y el tribunal —siempre colegiado— se reúne, empieza a hablar alguien, luego habla otro, y a lo sumo puedo querer quedar para lo último, pero cuando soy el último y hablaron ya todos no puedo decir "bueno, caramba, tengo que pensar este asunto, yo diría que nos tomemos un receso de unos días para que yo lo pueda pensar." No, tengo que decir algo, tengo que decir si voto a favor, en contra, hago una disidencia o me abstengo, pero debo decidir. Y esta decisión —con una salvedad que voy a hacer— es lo mismo psicológicamente que la decisión del funcionario: Firmo o no firmo, pongo en el rodillo algo o no, tomo o no tomo el caso; es lo mismo, la única diferencia —fundamental en verdad— es que tiene un peso tremendo porque uno sabe ya que ésta es la decisión definitiva imparcial, independiente y que lo más probable es que resuelva las cosas ya para siempre, para bien o para mal, sobre todo si no hay instancia ulterior. Los jueces de primera instancia en mi país dicen: "Mire, yo no me hago problema, está la Cámara, cualquier cosa que la Cámara decida," pero en algún momento —como diría TRUMAN— "the buck stops here," "el pasamanos termina acá" y acá me toca a mí decidir y esto es pesado, no es que lleve más tiempo, es más pesado.

Yo voy dos veces por año a Ginebra al tribunal de OIT, que tiene una diferencia con los demás tribunales en muchos sentidos. Primero, en cada sesión que dura tres semanas, de esas tres semanas habemos 3 jueces en 2 semanas, y 3 jueces en 2 semanas, y el presidente está las 3 semanas, o sea que en definitiva realmente son 2 semanas por persona. En cada sesión se resuelven 50 causas. En todos los tribunales hay dos formas de llegar, una es a través de una carrera judicial en el propio país, generalmente se prefiere pero no siempre se logra que venga de los

superiores tribunales de cada país; o vía académica, yo siempre llego por la vía académica, pero en este tribunal soy el único que llega por esa vía académica, todos los demás son jueces jubilados de Cortes Supremas, y cuando digo "jueces jubilados," por ejemplo, está el ex presidente de la Corte Constitucional de Suiza, que se jubiló como tal, que es más joven que yo, y que tiene cinco vidas más de experiencia que la que yo tengo, tuvo toda la vida siendo juez y resolviendo, o sea que de eso sabe 150 veces más que yo. Ahora, ¿cuál es la diferencia que yo veo? Estamos todos juntos, tenemos todos el expediente, con tiempo se le mandó a uno de los jueces una cantidad de expedientes, a mi, por mi menor capacidad —y la reconozco, con dolor por supuesto, pero la reconozco— me dan menos expedientes, porque me salen más flojos, me dan 5, entonces yo mando 5 proyectos, y luego, allá en la sede del tribunal —esto es un recaudo propio del tribunal— nadie sabe qué sala va a integrar, ni qué casos va a tener, solamente sabe qué casos llevó, y luego ahí estamos en una oficina, no hay nada que hacer salvo estar en la oficina, y nos traen los expedientes del día siguiente, dos, tres, cuatro según la carga que crean que cada uno puede soportar, y entonces yo tengo un día, un día y medio en verdad más la noche, un día para leer el expediente tranquilamente, entero, lo puedo leer con todo cuidado, si no tengo nada que hacer, ni un llamado telefónico, nada, no hay nada, nada, nada que a uno lo distraiga, entonces no tengo más remedio que estar con el expediente ahí, y la verdad que después de 8 horas de estar con el expediente, ya lo tengo bastante visto; me queda la noche para dormir a ver si se me ocurre alguna cosa distinta, y a la mañana siguiente ya estoy dando los toques finales a lo que va a ser mi intervención sobre el proyecto de otro, porque además empecé con un proyecto, y un proyecto hecho, por ejemplo, por el ex presidente jubilado de la Corte Constitucional Suiza, se imaginarán que está supremamente bien hecho. Por lo tanto, yo llego a la sesión que me toca hablar, diría que en condiciones razonablemente buenas, ciertamente mejores que las que tengo cuando decido como funcionario público y que las que tengo cuando decido como abogado si tomo el asunto o no; estoy hablando de la toma de decisión. El ponente expone su proyecto de sentencia, la parte expositiva de los considerandos la hace siempre la secretaria y simplemente los jueces la ven, únicamente tienen que decidir si aprueban o corrigen la exposición de motivos, pero lo central del debate es la sentencia propiamente dicha, y cuando me llega el turno tengo que decir algo —más encima como se paga a destajo, cobra distinto el que hace el proyecto del que opina—, pero qué pasa, yo voy a cobrar por opinar, y si alguna vez digo "no tengo nada que agregar, estoy totalmente de acuerdo," me doy cuenta que hay una mirada como diciendo "¿habrá leído usted el expediente?," con lo cual, como me van a pagar por haber dicho que estoy de acuerdo o no, me doy cuenta de que debo decir algo, debo demostrar que leí el expediente, debo demostrar que soy una persona medianamente inteligente y debo poder decir algo, sea para decir porque coincido desde otro punto de vista

con lo que está proyectado, sea porque quiero sugerir alguna modificación, y la verdad, en un trabajo muy pulido, muy pulido, varios meses antes por alguien que sabe mucho y tiene una experiencia de toda la vida, corregirle algo hay que pensarla bastante, ¿no?, porque entonces uno dice "yo hubiera puesto acá..." "pero, no, sabe que…" "caramba, pero yo...," y a veces si alguna cosa se le pasó a otro y uno puede decir, bueno, pude justificar mi intervención en el sentido que por lo menos agregaron 3 ó 4 palabritas o sacaron 3 ó 4 palabritas que yo objeté. A la inversa, mis proyectos son proyectos mártires, me sacan de a capítulos enteros, ¿por qué? No me saco la abogacía de encima, yo como abogado tengo que tratar de argumentar de todos los ángulos posibles, entonces lo veo de acá, de allá, para con alguno convencer al juez de que tengo razón; ahora, como juez me pongo a hacer los mismo y me dicen "escúcheme, déjese de machacar el clavo, ya lo dejó aclarado, que va a seguir otra vez, y otra vez, y otra vez," claro, eso es vicio de abogado, entonces meta tachar, tachar páginas y páginas, "Escúcheme, usted tiene que darle al justiciable su argumento central, punto. Y después, otros vicios, yo no tengo el vicio de citar jurisprudencia, pero ahí los primeros tiempos quería justificar que yo también estudiaba la jurisprudencia del tribunal, entonces citaba la jurisprudencia del tribunal, y me dijeron "escúcheme, está en Internet, la gente la puede leer, usted lo que tiene que hacer es conocerla, no citarla, a menos que haya algún problema que requiera una explicación de por qué entre este fallo y aquél hay tales matices que llevan a que esta solución sea la correcta en vista de tales precedentes," solamente cuando hay algún problema uno entra, si no hay problema, si lo que uno dice esta conforme a la jurisprudencia, uno lo dice y punto, no invoca a la jurisprudencia porque está en Internet y va para gente inteligente. Ahora, esto qué significa, que yo vuelvo de Ginebra destrozado, estresado, con los glóbulos blancos aumentados, ¿por qué? porque es realmente pesado, pero es posible, o sea, los 50 casos se resuelven en las 2 semanas.

Y el tribunal, gracias a los otros jueces que han tenido siempre la experiencia judicial, se ha equivocado conmigo nada más, pero bueno, ha tenido siempre el tino solamente en los demás casos de elegir buenos jueces, es un tribunal muy prestigiado, lleva más de 50 años de existencia, tiene una regla –no escrita– de que nunca hay disidencias, y hay en este momento 48 organismos internacionales que se han sometido voluntariamente. No es solamente la OIT, es la OIT y 47 más, o sea, la gente tiene la percepción de que ahí se hace justicia. Ahora, el caso se resuelve en el día, a lo sumo, en los casos que yo llevo al día siguiente, porque tengo que rehacerlo, a veces tengo que rehacerlos dos veces, pero en todo caso son 2 días, y por supuesto no estoy haciendo eso solo, estoy haciendo otras cosas más del tribunal.

En suma, es posible entonces tomar una decisión, lo que sucede es que es pesado para el espíritu, porque uno sabe que es la decisión final, entonces si uno tiene la posibilidad y los argumentos y las excusas de decir "en esta etapa preliminar

del proceso…, no habiendo todavía certezas…, y con el análisis superficial…," etc., o si no, "esto es una cuestión que requiere mayor debate y prueba." "Mayor debate y prueba," ¡por Dios!, en el mundo, la verdad, no nos es asequible a los seres humanos, o sea, como dijo LEIBNIZ, "los datos de la realidad son infinitos, nuestra capacidad de percepción es finita," vemos partes de la realidad, no la vemos entera. Así esté 500 años un ser humano viviendo y estudiando el asunto, nunca va a llegar a la absoluta verdad, llegará siempre a una verdad provisoria, más bien a una decisión.

Entonces, el sistema judicial al enfatizar tanto los procesos ordinarios y desenfatizar con tanto cuidado las medidas cautelares urgentes, innovativas, etc., en definitiva permite ese viejo problema que tenemos todos y que en inglés se llama *procrastination*, postergar una decisión, que encima es difícil. Ahora el tema es que si hay alguien con un problema de salud, muriéndose, o alguien que está por sufrir un daño irreparable, ahí hay que decidir, porque si no uno se lleva la muerte de esa persona a su conciencia esa noche. El asunto es si solamente cuando una vida está en peligro o en verdad siempre, es necesaria la justicia inmediata, inmediata como toma de decisión, mejor que la judicial y mejor que la profesional.

Por último quiero pasar al tema que en los periódicos argentinos se llama "de las papeleras uruguayas" pero que, en verdad —como mis amigos uruguayos bien claro lo dicen— es un problema más importante y previo, cual es el tema de la interrupción del tráfico internacional porque voluntariosos ciudadanos de la Argentina, inspirados de fervor patriótico, decidieron impedir que los camiones que habían venido desde Chile, cruzando todo el país para llevar los insumos con los cuales estaban construyendo las papeleras en Uruguay, atravesaran el paso fronterizo, contrariando por supuesto los principios básicos del MERCOSUR y del mundo, que es el libre tráfico de mercaderías. El gobierno argentino —un típico caso de omisión— no pudo hacer nada hasta que, solo, se desarmó el proceso y finalmente se abrió el paso otra vez, no sin que antes los camioneros hubieran debido regresar a Chile, ¡imagínense! Yo estaba escribiendo un artículo en esa época y traté el tema de paso, pero finalmente me dije "no, no es prudente en Argentina hablar de esto," y no lo publiqué. Pero decía: Yo uruguayo por supuesto que sigo haciendo la planta, y yo uruguayo o chileno ya la estoy cargando en un barco y dando la vuelta por el sur llevándola para seguir con la fábrica, y más bien que yo uruguayo no la paro. Ahora veamos, yo uruguayo tengo los camiones en la frontera, hay unos argentinos ahí llenos de banderas, pero de todas maneras no dejan pasar los camiones y me tienen demorada o parada la construcción de la fábrica, intento —no la conozco sino de los diarios— la vía del MERCOSUR, Argentina la bloquea, o sea, el acceso a la primera instancia que me lo pueda resolver no lo tengo, ¿qué? ¿voy a ir a La Haya? Digamos, no hubo justicia, no hubo posibilidad de justicia, el daño se materializó, el hecho concluyó y ahora

quedará por discutir los daños y perjuicios, que será un tema mezclado con la política internacional a muy largo plazo, porque desde luego es bastante complejo.

Finalmente queda el otro tema: Las papeleras son ultra contaminantes, son lo peor que han podido traer de Finlandia a América del Sur para tirarnos todos los desechos que no quieren tener allá, y nosotros los argentinos, que cuidamos nuestro medio ambiente, lo tenemos, pero una cosa que uno bebe: El agua de cualquier lado, se toma agua acá en la Argentina y ningún problema, no hay ningún mutante que haya nacido por eso, y bueno, eso que se va a resolver al cabo de 5 años, dicen algunos, yo no sé cuánto tarda la Corte de La Haya, pero sí sé que al comienzo del proceso la Argentina, creo, ha pedido o pedirá la medida cautelar y ahí le dirán se suspende o no se suspende la construcción. Yo creo que es una estupidez o casi una estupidez la pregunta, obviamente no se suspende, eso es lo que va a resolver el tribunal, por acción o por omisión, sea que diga cualquier cosa de las que se dicen para no dar una cautelar, sea que expresamente la deniegue y después quedará la discusión para el final de si, bueno, cuando entran las plantas en funcionamiento queda o no por hacer algún *piletón* más. Ustedes saben que todos los sistemas de control de fluentes son siempre los mismos, se hacen *piletones*, se deja que decante, se pasa a otro *piletón* para que cada vez más fino, y se van juntando los barros de los *piletones* más contaminados y después el problema es cómo disponer del barro contaminado, pero al agua en sí se la depura, es el mismo sistema que el pretratamiento del agua que bebemos, así que no hay ninguna novedad, a lo sumo hay que prever *piletones* adicionales y nada más, ahí terminó la historia.

Pero fíjense que en cuanto al primer tema, se fracasó en cuanto a poder habilitar el tráfico internacional normalmente, no hubo instancia judicial a la cual se pudiera acceder en tiempo oportuno y el daño se materializó definitivamente; y en el segundo tema, complejo por cierto, con discusión, prueba, argumento, contra argumento, pero hay que resolver ahora, y si, supongamos ya que estamos, que la Corte dijera "ah, no, no, esto es gravísimo, esto es gravísimo, ¡¿cómo vamos a llevar contaminación a América del Sur y Uruguay, con lo que los queremos, y Argentina, que es un ejemplo, por Dios?! Así que suspendamos esto, con ese proyecto malvado no siguen adelante." Bueno, esa decisión también va a ser definitiva, porque después seguir 5 años más o muchos más discutiendo lo fino de esto, ya es tarde, ya la papelera como proyecto ha sufrido un fracaso irremediable en los hechos, y después que no me hablen de daños y perjuicios. En Argentina un juicio de estos no lleva menos de 20 años, sinceramente, y esto sin cobrar, para cobrar son 5 años más, yo estoy tratando de cobrar ahora juicios que inicié hace 20 años, los gané hace varios años y estoy todavía tratando de cobrarlos. Entonces a mí no me digan que esto es justicia, en mi caso, con la edad que tengo, ya no puedo iniciar juicios, escúcheme, no tengo hijos abogados, uno antropólogo, otro veterinario, otra guía de turismo de aventura, ¿qué voy a andar tomando

juicios yo mismo a los 70 años? Tengo que decir "no señor, yo juicios no tomo, yo ahora si quiere lo patrocino, doy una opinión" y hago esto por que sé que no tengo tiempo, no tengo vida para hacer juicios. Entonces creo que es esto lo que los jueces deben entender y lo que nosotros debemos entender de los jueces es que es una carga anímica, una carga en el alma muy pesada tener que decidir, pero bueno, yo creo que el que es juez finalmente lo supera, el asunto es que debiera ser juez toda la vida y no como yo, de vez en cuando.

Capítulo XXI

LOS ALEGATOS DE OREJA: UNA PRÁCTICA COTIDIANA QUE ATENTA CONTRA UN MEJOR SERVICIO DE JUSTICIA

Por Marcelo A. Bruno dos Santos

Sumario

I. Introducción 369
II. ¿Es ético que un abogado se entreviste con un juez sin la presencia de la parte contraria? 372
III. ¿Los abogados tienen el derecho de entrevistarse con el juez sin dar intervención a la otra parte? 373
III.1. Principio de bilateralidad o contradicción 375
III.2. Principio de igualdad 376
III.3. Principio de escritura 376
III.4. Principio de orden procesal 377
III.5. Principio de economía procesal 377
III.6. Principio de buena fe procesal 378
III.7. Principio de publicidad 378
IV. A la espera de un mejor servicio de justicia 379

Capítulo XXI

LOS ALEGATOS DE OREJA: UNA PRÁCTICA COTIDIANA QUE ATENTA CONTRA UN MEJOR SERVICIO DE JUSTICIA[1, *]

Por Marcelo A. Bruno dos Santos**

"Veritas filii tempori"

I. *Introducción*

En general, no se ha cuestionado la práctica forense de que uno o más litigantes o sus abogados se entrevisten con el juez de la causa para enfatizar o aportar argumentos desarrollados en una pieza procesal sin contar con la presencia de todos los interesados.

El alegato de oreja es una práctica muy arraigada en el foro local —que ni siquiera es cuestionada por el abogado de la contraparte que "padeció" tal conducta—[2] lo que resulta preocupante para observadores extranjeros que ven en esas prácticas una oportunidad para canalizar la corrupción judicial.

* A la hora de escribir estas líneas nos inclinamos por caracterizar esta práctica forense como alegatos de oreja en detrimento de otros más formales porque consideramos que esta terminología nos da una imagen más real de lo que presenciamos habitualmente en los tribunales. Y sin duda, como dice un viejo refrán, una imagen vale más que mil palabras.

** Mi más sincero reconocimiento al Profesor Agustín Gordillo de quien nos enriquecemos todos aquellos que tenemos el privilegio de conocerlo de cerca, no sólo por su brillantez intelectual reconocida en los más prestigiosos foros internacionales, sino sobre todo por ser una persona de espíritu generoso y sincero, cuyas enseñanzas nos guían y alientan en las distintas actividades académicas y científicas que emprendemos en nuestras vidas.

Agradezco a los Dres. Santiago Finn y Agustín A. M. García Sanz por sus acertadas observaciones brindadas en la etapa de elaboración del presente trabajo.

[1] Versión corregida del trabajo publicado originalmente en *LL*, 2007-F, 865.

[2] A tal extremo que se ha dicho que nuestro procedimiento judicial no es oral ni escrito, es "conversado." (Ver Carrió, Alejandro y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 79, nota 5.) Un caso de alegato de oreja contado por uno de sus autores se puede leer en Carrió, *op. cit.*, pp. 77-80.

Sin embargo, en los últimos años se han alzado muchas voces en contra de los alegatos extraprocesales, al sostener la prohibición de que los magistrados se entrevisten con una de las partes sin la presencia de la contraria.

Tales exhortaciones llegaron hasta los oídos de los jueces de la Corte Suprema, quienes mediante el dictado de la Acordada nº 7/2004, establecieron que "[c]uando los litigantes y profesionales soliciten audiencia con alguno de los jueces del Tribunal, ello tendrá lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia de la contraparte o de su letrado en la causa contenciosa de que se trate."[3] Recientemente, una de las primeras decisiones de la Procuradora General de la Nación fue dictar la Resolución PGN Nº 6/12, que establece la bilateralidad de las audiencias y otorga carácter público a las mismas.[4]

Es cierto que el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal nada dice sobre el tema, sin embargo nuevos vientos aparecen en escena en la Ciudad de Buenos Aires y en el ámbito provincial mediante la elaboración de proyectos y, en muchos casos, a través del dictado de códigos de ética judicial.

A partir de una investigación llevada a cabo en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires,[5] se elaboró un Código de Ética Judicial[6] en el que se establece que "[e]l juez debe acordar a cada persona que tiene un interés legal, o a su abogado, el derecho a ser oído. El juez no debe iniciar, permitir, o considerar comunicaciones con las partes, o considerar otras comunicaciones hechas al juez fuera de la presencia de las partes excepto en casos excepcionales que deberá justificar."[7]

[3] Agregado como segundo párrafo del art. 72 del Reglamento para la Justicia Nacional.

[4] La Resolución PGN Nº 6/12 establece que: "Artículo 1º: Cuando los litigantes con asistencia letrada o sus apoderados solicitante audiencia a esta Procuración General de la Nación, ella tendrá lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia de la contraparte —en iguales condiciones— o de su letrado apoderado en la causa judicial de que se trate, en la que se hubiese conferido vista a este organismo … Artículo 3º: El pedido de audiencia deberá formularse por escrito ante la Secretaría Privada del Procurador, y la fecha se publicará en la página web del organismo para su publicidad. A fin de asegurar la bilateralidad en los casos penales, la audiencia se realizará con la presencia de alguno de los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la materia."

[5] Los investigadores fueron: Horacio M. Lynch, Fernando Cafferata, Adriana Castillo, Mariana Guissarri y Cecilia Silva.

[6] Versión del 1-IV-99. Consultar en www.foresjusticia.org.ar/FORES3/ETICA/Docs.htm.

[7] Canon 2.3.

Las provincias de Formosa (1998),[8] Santiago del Estero (1998),[9] Corrientes (1998),[10] Santa Fe (2002)[11] y Córdoba (2003)[12] han sido el escenario de la aprobación de varios códigos de ética judicial que, al pronunciarse sobre las exigencias para ser buenos o mejores jueces, establecen la prohibición de las alegaciones extraprocesales.[13]

En el ámbito de la Justicia Nacional, el Grupo 2.2 del Convenio de Cooperación Técnica para la Reforma Judicial —Corte Suprema de Justicia de la Nación —ARGENJUS—[14] elaboró un Proyecto de Código de Ética Judicial en el que se

[8] El Código de Ética para Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Formosa prescribe que "[t]odo magistrado y funcionario judicial deberá desempeñar sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia. Esta regla comprende […] La prohibición de mantener conversaciones privadas con algunas de las partes en litigio o en lugares u ocasiones que puedan generar desconfianza en quienes también intervienen en el conflicto. En caso de que un litigante o su abogado mantengan una audiencia con un magistrado por algún asunto pendiente de resolución, el magistrado deberá hacer saber a la contraparte sobre la audiencia concedida y la posibilidad de obtener un trato similar." (Art. 3, inc. c.) Posteriormente, el Superior Tribunal de Justicia recordó la vigencia de la citada norma y recomendó a los magistrados y funcionarios de todas las instancias el cumplimiento de la misma, "en tanto que siendo un precepto de naturaleza ética, su acatamiento viene dado desde la íntima convicción de su acierto y de su conveniencia para el mejor tratamiento de los conflictos jurisdiccionales en donde son llamados a intervenir." (Acordada Nº 2491 de fecha 11-IV-07.)

[9] El Código de Ética para Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santiago del Estero prescribe que "[t]odo Magistrado y Funcionario Judicial deberá desempeñar sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia. Esta regla comprende [...] La prohibición de mantener conversaciones privadas con algunas de las partes en litigio o en lugares u ocasiones que puedan generar desconfianza en quienes también intervienen en el conflicto; en caso de que un litigante o su abogado mantengan una audiencia con un Magistrado por algún asunto pendiente de resolución, el Magistrado deberá hacer saber a la contraparte sobre la audiencia concedida y la posibilidad de obtener un trato similar." (Art. 3, inc. c.)

[10] El Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes dispone que "[t]odo Magistrado, Funcionario y Empleado Judicial deberá desempeñar sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia. Esta regla comprende los deberes y prohibiciones que se enumeran a continuación [...] Cumplir con la prohibición de mantener conversaciones privadas con algunas de las partes en litigio o en lugares u ocasiones que puedan generar desconfianza en quienes también intervienen en el conflicto. En caso de que un litigante o su abogado mantengan una Audiencia con un Magistrado por algún asunto pendiente de decisión, el Magistrado deberá hacer saber a la contraparte sobre la Audiencia concedida y la posibilidad de obtener un trato similar." (Art. 5, inc. h.)

[11] El Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe establece que "[e]l juez tiene prohibido —salvo en los casos en que la ley lo imponga o lo faculte— mantener conversaciones privadas con los litigantes o sus defensores respecto al mérito de las causas sometidas a su decisión. En los casos cuya urgencia lo justifique, el juez podrá recibir a una de las partes o sus defensores, siempre en su despacho y en presencia del secretario." (Art. 4.5.)

[12] El Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba prescribe que "[e]l trato equidistante exige que, cuando el magistrado o el funcionario conceda alguna audiencia a alguna de las partes en el proceso, ofrezca a la otra igual posibilidad de hacerse oír, invitándola al efecto," (Art. 3.6.)

[13] En el ámbito iberoamericano, la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana (2006) aprobó el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial que prescribe: "El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas." (Art. 15.)

[14] Tal proyecto fue entregado al entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Enrique S. Petracchi con fecha 15-XI-04.

dispone "El juez no debe mantener conversaciones en privado con los litigantes o sus defensores respecto del mérito de las causas sometidas a su decisión. No obstante, debe tener una actitud de disponibilidad funcional en los casos en que por su naturaleza o urgencia requieran inmediación, resguardando la igualdad de trato a las partes. De estimarlo pertinente, convocará al Secretario o en su caso, a las otras partes interesadas."[15]

En tiempos en que la sociedad argentina exige una mayor transparencia a los integrantes de la Justicia, consideramos que es una buena oportunidad para analizar cuáles son los argumentos éticos y jurídicos que sustentan las distintas posiciones a favor o en contra de establecer una prohibición para los magistrados de entrevistarse con uno de los litigantes o sus letrados sin la presencia de la parte contraria o de sus profesionales.[16]

II. *¿Es ético que un abogado se entreviste con un juez sin la presencia de la parte contraria?*

La misión del abogado es primordialmente la de defender al litigante aunque desempeña, a su vez la función de auxiliar del juez con quien colabora a fin de facilitarle la recta administración de justicia. Se ha entendido que la obligación primordial del abogado es impulsar el procedimiento con un doble carácter ético y profesional, el primero incide sobre la dignidad del letrado y el segundo sobre su responsabilidad civil.[17]

En este contexto interpretativo, el alegato informal es una práctica que trasunta una fuerte deslealtad hacia el colega de la parte contraria si lo que se pretende es lograr una ventaja, por más pequeña que sea, en la resolución del pleito.

En efecto, no resulta ético que un letrado realice un alegato informal al juez a favor de las pretensiones de su cliente, ya sean cuestiones procesales o sobre la decisión final que deberá recaer en la causa, sin la presencia del letrado de la parte contraria.

Lo que sucede a diario en los pasillos de los tribunales no es sino el reflejo de una sociedad en la que cotidianamente presenciamos la búsqueda del beneficio individual sin importar los medios utilizados para obtener tal resultado.

Si nuestra sociedad exige mejores abogados y también mejores jueces no puede aceptarse este tipo de conductas reñidas con la moral. Como dice GORDILLO, quienes abogan por el interés individual con éxito, apoyan "... el sistema como

[15] Art. 12.

[16] El objeto de este trabajo queda circunscripto al análisis de los argumentos normativos y éticos que se explicitan a favor o en contra de las alegaciones extraprocesales, quedando al margen de la presente tarea el estudio de los distintos proyectos que prohíben, con distintas modalidades, los referidos alegatos informales.

[17] FASSI, SANTIAGO C. - YAÑEZ, CÉSAR D., *Código Procesal Civil y Comercial*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 363, 377 y ss.

bueno porque produce un buen resultado para uno. Pero lo bueno para uno, en este esquema es malo para todos, uno mismo incluido."[18]

Cuando se anteponen los intereses defendidos mediante el empleo de cualquier medio disponible para alcanzarlos o cuando se permite que las presiones de determinados sujetos políticos o económicos lleguen a los oídos de quien tiene la obligación de decidir en un asunto determinado, por poner algún ejemplo, evidentemente la conducta desplegada resulta alejada de la ética exigible a abogados y jueces.

Certeramente, BOHMER ha señalado que el alegato de oreja constituye un medio para canalizar la corrupción judicial, al ser utilizado por los letrados para forzar el interés privado de sus clientes sobre el interés público.[19] Este aspecto, a nuestro entender, es una muestra más de la ruptura del equilibrio que debe existir entre la tarea de patrocinar y asesorar al cliente y el de ser un auxiliar de la jurisdicción, ámbito éste en que deben conjugarse los derechos, cargas y deberes jurídicos y éticos contemplados en las disposiciones legales atinentes al tema.[20]

En definitiva, tales prácticas están desprovistas de toda ética en el ejercicio de la profesión de *buen abogado* y de *buen magistrado.*

III. *¿Los abogados tienen el derecho de entrevistarse con el juez sin dar intervención a la otra parte?*

A menudo nos encontramos con letrados que entienden que cuentan con un derecho procesal a obtener una audiencia con el juez y formulan su pedido sin admitir rechazo alguno.[21]

La gran mayoría de los abogados brindan variados argumentos a favor de ser recibidos por el magistrado sin intervención alguna de la parte contraria.[22]

Muchas veces el abogado pretende el contacto directo e inmediato con el magistrado para comunicarle la urgencia en la adopción de alguna decisión jurisdiccional a fin que los "tiempos" de la justicia no le provoquen un mayor

[18] GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 5ª ed., cap. XVI, § 5, pp. XVI-5-6.

[19] Conferencia de MARTÍN BOHMER realizada el día 27-IX-06 en el marco del programa "Los desafíos de la justicia 2006."

[20] CNCiv., Sala H, *A. F., E. S. c/ R., O. del V.*, *LL*, 2000-B, 102.

[21] Así lo describe SAGÜES al referirse a la presente temática en: SAGÜES, NÉSTOR P., "Las alegaciones extraprocesales," *Doctrina Judicial*, 1997-3, p. 1055 y ss. Coincidimos con las palabras de BOHMER en la citada conferencia al señalar que dichas peticiones son formuladas por los letrados, en muchas ocasiones, con un fuerte dejo de soberbia, aunque si el lector tiene dudas al respecto lo invitamos a pasar unas horas en la secretaría privada de un tribunal para constatar semejante afirmación.

[22] En el Informe Final de Acceso a la Información Judicial en la Argentina (2004) realizado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (Fores) surge que el 100% de los entrevistados han manifestado que solicitan entrevistas con operadores del sistema de justicia entre sus actividades habituales.

perjuicio a la parte o para que conozca "de su boca" cuáles son las pretensiones[23] de su cliente en el pleito.

También recurren a distintos argumentos normativos para fundar el pedido de audiencia: a) Art. 11, primer párrafo, del decreto-ley 1285/58 de Organización de la Justicia Nacional que dispone: "Los jueces de primera instancia concurrirán a su despacho todos los días hábiles, durante las, horas que funcione el tribunal;" y b) art. 119 del Reglamento para la Justicia Nacional que establece: "Los jueces nacionales deberán firmar el despacho de trámite y dar audiencia a los litigantes todos los días hábiles."[24]

Pero, cabe preguntarse si es cierto que los abogados cuentan con un derecho a obtener una entrevista con el magistrado sin dar la debida intervención a la otra parte.

Sin desconocer que con las normas citadas se pretende asegurar que los jueces resuelvan con la debida premura las distintas cuestiones que se le presentan a diario en el ejercicio de su función,[25] de ello no se desprende que *todos* los pedidos de entrevista formulados por las partes o sus letrados deban ser aceptados por el juez.[26]

Por el contrario, el juez no puede mantener conversaciones privadas con alguna de las partes salvo supuestos excepcionales —bajo debidos resguardos que deberán adoptarse y que se analizarán a lo largo de este trabajo— pues, de esta manera se violentan alguno o algunos de los principios plasmados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:[27] 1) Bilateralidad o contradicción, 2) igualdad, 3) escritura, 4) orden procesal, 5) economía procesal, y 6) publicidad.[28]

[23] Que muchas veces exceden de lo jurídico, como puede ser querer mostrarle al juez el crítico estado de salud y/o económico que pesa sobre su cliente a partir de la mora en el pago de determinado crédito a su favor.

[24] Tal disposición se encuentra vigente de conformidad con lo dispuesto por el art. 30 de la ley 24.937. (t.o. decreto 816/99.)

[25] En este sentido, muchos de los pedidos de audiencia por parte de los letrados obedecen a demoras injustificadas en el dictado de decisiones judiciales, lo que lamentablemente, en ocasiones, es aprovechado para realizar alegatos de oreja en función de los intereses de sus clientes.

[26] Aunque es de sentido común reconocer que materialmente resulta imposible que el juez acceda a todos los pedidos de audiencia solicitados por los abogados por motivos de diversa índole, si queremos que se avoque al dictado, en tiempo oportuno, de las sentencias definitivas e interlocutorias y medidas cautelares.

[27] Arazi sostiene que los principios procesales son directivas generales que tienen por misión cumplir tres funciones: a) Sirven de base al legislador para la regulación de los procedimientos judiciales, b) operan como elementos de interpretación de las normas procesales en situaciones dudosas o conflictivas, y c) permiten encarar el estudio histórico y comparativo de distintas legislaciones procesales. (Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. l35-137.)

[28] Coincidimos con Sagües en su análisis de los efectos dañosos de las alegaciones extraprocesales a partir de la violación de una serie de principios procesales. (Sagües, *op. loc. cit.*)

III.1. *Principio de bilateralidad o contradicción*

El principio de contradicción, que deriva del art. 18 de la Constitución Nacional al consagrar la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, requiere fundamentalmente que las leyes procesales acuerden, a quienes pudieren verse directamente afectados por determinados actos procesales, una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos y de producir prueba.[29]

Esta exigencia, que se traduce en la posibilidad de que las partes tengan iguales oportunidades para el ataque y defensa de sus intereses, no se considera violada si, en su oportunidad, no resulta aprovechada por alguno de los litigantes.[30]

Este principio se transgrede cuando se permite la posibilidad de realizar *inaudita* parte un alegato informal acerca de sus pretensiones, sin que la contraria tenga la oportunidad de contradecir ni controlar las manifestaciones formuladas ante el juez de la causa.[31]

Muchos de los pedidos de audiencia por parte de los letrados se refieren a supuestos errores incurridos en el proceso judicial. En estos casos, no se puede soslayar que la entrevista con el juez a fin de canalizar las solicitudes verbales que cuestionan los decisorios recaídos en los procesos civiles no puede solucionar, en la mayoría de los casos, absolutamente nada pues depende de la articulación por parte del profesional de los distintos recursos procesales que prevé el código de rito.

También numerosas solicitudes de audiencia persiguen destacar la urgencia en la resolución de lo peticionado en el juicio. En estos supuestos el magistrado debe brindar la suficiente disponibilidad funcional para atender los referidos pedidos[32] ya sea por su cuenta o delegando tal tarea en un funcionario del tribunal, siempre y cuando se consigne en el expediente y se de la debida intervención a la contraparte en el caso de que se encuentre trabada la litis.[33]

[29] Palacio, Lino E.. *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, *Nociones Generales*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, pp. 262-266.

[30] Borthwick, Adolfo E. C., *Principios procesales*, Buenos Aires, Mario A. Viera editor, 2003, p. 49 y ss. Es suficiente que una de las partes haya cumplido con la exigencia de notificar a su contraria de la solicitud de audiencia, más allá de la conducta desplegada por ésta en punto a su falta de comparencia, para considerar salvaguardado el principio de bilateralidad.

[31] Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, FDA, 2000, 1ª ed. digital, cap. III, p. III-32, en www.gordillo.com.

[32] La misma disponibilidad funcional deberán brindar el juez y/o el secretario en caso de que el abogado se queje del trato dispensado por personal de la Mesa de Entradas o del incorrecto funcionamiento de la Secretaría.

[33] En el caso de tratarse de medidas cautelares, si bien en principio deben tramitar inaudita parte, deberá levantarse un acta circunstanciada de la audiencia concedida al interesado a fin de no transgredir el principio de escritura.

III.2. *Principio de igualdad*

La igualdad de trato para los sujetos del proceso que dimana del art. 16 de la Constitución Nacional puede ser violentado si la concreción de las alegaciones extraprocesales dependen exclusivamente de la voluntad del juez, pues es posible que su concreción, extensión y desarrollo varíen considerablemente según el sujeto peticionante.[34]

Asimismo, la falta de una pauta objetiva clara al respecto permite la convivencia de diferentes criterios sustentados por los jueces, incluso del mismo fuero,[35] por lo que la posibilidad de realizar un alegato informal dependerá de la "suerte" que tenga el litigante a la hora del sorteo del juzgado donde tramitará la causa judicial.

Por ello, consideramos que es necesario el dictado de un código de ética judicial en el ámbito de la justicia nacional y federal, en donde se establezcan pautas objetivas claras que han de regir la conducta de todos los jueces, funcionarios y empleados.

III.3. *Principio de escritura*

El Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, como el resto de los códigos procesales vigentes en el resto de las provincias, adhieren al principio de escritura.

Sin embargo, acertadamente puntualiza CHIOVENDA que "es difícil concebir hoy un proceso escrito que no admita en algún grado la oralidad, y un proceso oral que no admita en algún grado la escritura."[36]

No debe olvidarse que determinados actos probatorios requieren el lenguaje oral, lo que permite una más exacta expresión de la realidad de los hechos, debiendo ser registradas las declaraciones en actas que consignen con la mayor fidelidad posible las expresiones de los deponentes —oralidad actuada— que deberán ser evaluadas posteriormente por el juez.[37]

Es cierto que la oralidad permite al litigante o su abogado brindar nuevos o distintos puntos de vista sobre los hechos del caso o el derecho aplicable, lo que posibilita el contacto directo del juez con la parte o el letrado. Si bien es indudable

[34] SAGÜES, *op. cit.*, p. 1005.

[35] En los doce juzgados del fuero contencioso administrativo federal constatamos la existencia de criterios disímiles respecto de la atención de los litigantes o sus abogados ante el requerimiento de una audiencia. En el citado Informe Final de Acceso a la Información Judicial en Argentina (Fores) se señala que "[h]asta el momento no existía un sistema uniforme de acceso a entrevistas con los funcionarios y existen numerosas opiniones en el sentido de que el criterio para otorgarlas podía ser de lo más diverso y arbitrario según el magistrado o juzgado interviniente. Esto es, jueces que como regla no otorgan entrevista a nadie, hasta otros que lo hacen a todos los que la piden y aquellos que seleccionan según el caso y profesional que se presente."

[36] Citado por PALACIO, *op. cit.*, p. 267. En efecto, nos encontramos que un proceso escrito permite un cierto grado de oralidad, como un proceso oral admite que determinados actos procesales se realicen por escrito, lo que posibilita de alguna manera aprovechar la riqueza de estos dos principios.

[37] PALACIO, *op. cit.*, p. 271.

que la riqueza comunicativa que implica la oralidad resulta muy beneficioso para la decisión final del pleito y/o el cumplimiento de la misma,[38] tales alegaciones debieran ser canalizadas en el proceso sin violentar el derecho de los restantes interesados a contradecir o controlar lo que se expone verbalmente so pena de violar lo normado en el art. 18 de la Ley Fundamental.

En tal sentido, el código de rito provee al juez las herramientas necesarias para aprovechar la riqueza que puede aportar la comunicación oral al proceso escrito a través de las facultades otorgadas en el art. 36, sin desmedro del derecho de defensa de las partes y consignando la audiencia en la causa.

Además, podría implementarse una reforma procesal que posibilite la incorporación de la comunicación oral en una determinada etapa de ciertos procesos y, de esta manera, afianzar el principio de inmediación en los litigios. Por ejemplo, la designación de una audiencia, a pedido de parte o del juez de la causa, para que los interesados expongan oralmente sus pretensiones antes o después del llamado para dictar sentencia, con la debida participación y control por todos los interesados y el debido registro en el expediente.[39]

III.4. *Principio de orden procesal*

Compartimos con Sagües que el alegato informal interfiere en la normal prosecución del proceso al insertarse cuando al letrado le convenga a sus intereses, no está sometido a plazos ni períodos específicos y obliga al magistrado a dispensar su atención al abogado según su criterio discrecional.[40]

III.5. *Principio de economía procesal*

Este principio, que tiende a la simplificación y abreviación del proceso, resulta vulnerado al admitir las alegaciones extraprocesales pues el momento dedicado a escucharlas implica una pérdida efectiva de tiempo para el magistrado, que podría dedicarlo a otras tareas que hacen a su función[41] y que ni siquiera puede justificar debido a que tales audiencias no se consignan en el expediente.

[38] Salemi Zacherl, Gerardo, "Ética de las comunicaciones extraprocesales. La cuestión de las llamadas alegaciones extraprocesales," *Revista del Departamento de Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Estratégicos Americanos, edición nº 5, enero/abril de 2002, pp. 11-17.

[39] Salemi Zacherl, *op. cit.*, p. 17.

[40] Sagües, *op. cit.*, p. 1056.

[41] Por dar un ejemplo, en los inicios del denominado corralito financiero el tiempo de trabajo de muchos jueces y funcionarios se insumía en gran medida en la atención personal de los litigantes o sus abogados que, en muchos casos, invocaban diferentes situaciones para que se revolviera con la mayor premura la medida cautelar planteada en un colapsado fuero contencioso administrativo federal.

III.6. *Principio de buena fe procesal*

Este principio cargado de una buena dosis moralizadora del proceso resulta una valla para la permisión de las alegaciones extraprocesales en las que el abogado, a espaldas de su colega de la contraparte, intenta obtener algún tipo de ventaja, ya sea reforzando su posición en la causa, buscando el parecer del juzgador sobre la resolución del pleito, exponiendo determinados hechos que considera que no son convenientes formularlos por escrito, etc.

Quienes apoyan el rechazo de la prohibición a este tipo de audiencias han sostenido que si los jueces se dejan influenciar por las alegaciones extraprocesales vertidas por una de las partes no estarían cumpliendo con las normas de procedimiento, ya que deben juzgar de acuerdo a los hechos probados en la causa. Si bien es cierto que los jueces deben fallar según las constancias de autos, consideramos que ello no justifica la realización de tales alegaciones que violentan la buena fe procesal que se deben los letrados entre si y con el magistrado.

En tiempos en que nadie puede negar la delegación de funciones jurisdiccionales por innumerables motivos que escapan a este trabajo, la labor del secretario y de muchos empleados —estudiantes de derecho y abogados— influyen decididamente en la tarea decisoria del juez en la causa. Por lo tanto, la prohibición de la recepción de las alegaciones *inaudita* parte debiera alcanzar a todos ellos, incluso, como señala Sprovieri al referirse a la jurisprudencia norteamericana, para evitar el peligro de que los jueces usen a sus secretarios —nosotros lo ampliamos al resto del personal— como sustitutos para que hagan lo que ellos personalmente les está prohibido.[42]

III.7. *Principio de publicidad*

El principio de publicidad requiere que los actos procesales puedan ser presenciados o conocidos incluso por quienes no participan en el proceso como partes, funcionarios o auxiliares. Reconoce su fundamento en la conveniencia de acordar a la opinión pública un medio de fiscalizar la conducta de magistrados, litigantes y auxiliares judiciales, lo que permite elevar el grado de confianza de la comunidad en la administración de justicia.[43]

La convocatoria a una audiencia para escuchar a las partes deben ser debidamente registradas en el expediente, que no alcanza con sólo consignar que se ha oído a las partes, sino que deberá registrarse las alegaciones formuladas por los litigantes respecto de determinado asunto y lo que resuelva, en su caso, el tribunal en virtud de lo solicitado por ellos.

[42] Sprovieri, Luis E., "El alegato informal," *ED*, 185, 1448.

[43] Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, p. 275. Este principio ha sido recepcionado en el art. l25 del C.P.C.C.N. al establecer que las audiencias serán públicas, bajo pena de nulidad, salvo que el juez resuelva lo contrario por las causales allí previstas —que deberán ser de interpretación restrictiva— y mediante decisión fundada.

Por lo tanto, las demandas sociales que exigen una mayor transparencia de nuestros gobernantes deben ser canalizadas a través de la asunción por nuestros jueces de un cabal compromiso con el principio de publicidad de los actos de gobierno —que nace de la forma republicana de gobierno que hemos adoptado— que se traduzca en el debido registro de las audiencias concedidas en el expediente a los fines de permitir de manera diáfana el contralor por todos los interesados.[44]

IV. *A la espera de un mejor servicio de justicia*

Los alegatos de oreja carecen de toda ética exigible a jueces y abogados en el ejercicio de sus respectivas funciones. Como concluye SAGÜES, los alegatos informales resultan violatorios de los principios procesales examinados, algunos de ellos de raigambre constitucional, y de las bases éticas del proceso.[45]

Si queremos ofrecer un mejor servicio de justicia a todos aquellos que se acercan a los tribunales para dirimir sus conflictos es conveniente, a nuestro entender, el dictado de algunas medidas a los efectos de erradicar estas prácticas sin desaprovechar la riqueza que aporta la comunicación oral al proceso:

a) La sanción de un código de ética judicial en el ámbito de la justicia nacional y federal, donde se establezcan pautas objetivas claras —entre ellas, la prohibición de las alegaciones extraprocesales— que han de regir la conducta de todos los jueces, funcionarios y empleados.

De esta manera, los integrantes de la justicia deberán comportarse según la conducta que éticamente corresponde con la tranquilidad de que si no se apartan de tales exigencias no podrán ser blancos de eventuales cuestionamientos o problemas.[46]

[44] En este sentido, recordamos que el Presidente de la Nación; el Jefe de Gabinete de Ministros; los Ministros; los Secretarios y Subsecretarios; los Interventores Federales; las autoridades superiores de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional y agentes públicos con función ejecutiva cuya categoría sea equivalente a director general están obligados a registrar las audiencias de gestión de intereses, de conformidad con lo establecido en el decreto 1172/03.

[45] SAGÜES, *op. cit.*, p. 1056.

[46] Para un mejor y exhaustivo análisis de la conveniencia en el dictado de un código de ética judicial ampliar en: VIGO, RODOLFO L., "La responsabilidad ética de los magistrados judiciales," en SANTIAGO, ALFONSO (H.) (dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, t. 2, Buenos Aires. Abaco, 2006, pp. 441-468. En la Exposición de Motivos del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (2006) se ha señalado que: "La formulación de un Código de Ética Judicial puede ser una fuente muy importe de clarificación de conductas … porque … como cualquier ordenamiento, supone una división de la conducta que pretende regular en lícita e ilícita y, de esta manera, sirve de guía para sus destinatarios … por ejemplo, a pesar de que en principio podría haber diversas opciones para establecer el modo en que es éticamente autorizado que el juez se reúna con los abogados de las partes, el hecho de que un Código escoja una de ellas despeja las dudas que legítimamente pueden suscitarse entre sus destinatarios." (Punto VII.)

b) La modificación del código de rito que prohíba los alegatos de oreja, salvo supuestos excepcionales.[47]

También podrá implementarse una reforma procesal que permita un mejor aprovechamiento de la riqueza que aporta la comunicación oral al proceso escrito, lo que posibilitará el contacto directo del juez con las partes y con todo el material de la causa.

Una posibilidad a los efectos de alcanzar la inmediación tan reclamada por los abogados puede ser la incorporación de una audiencia, a pedido de parte o del juez de la causa, para que los interesados expongan oralmente sus pretensiones antes o después del llamado para dictar sentencia en determinados procesos[48] con la debida participación y control por todos los interesados.

Finalmente, no perdemos la esperanza de que en el mediano o corto plazo se venzan las fuertes reticencias en torno a la aprobación de un código de ética judicial y de una modificación del código procesal que adopten el cambio en la percepción de los alegatos informales, revelado a través del dictado de varios códigos de ética judicial en distintas provincias, de una acordada por parte de la Corte Federal y de una resolución de la Procuración General de la Nación que se pronuncian en contra de tales prácticas forenses, lo que redundará en un fortalecimiento del Estado de Derecho.

[47] Ver Proyecto de Ley referido a la incorporación como art. 34 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sobre prohibición de entrevistas con una de las partes, expte. nº 0198-D-2011, firmante: Diputada Marcela V. Rodríguez.

[48] No alcanzaría obviamente aquellos procesos de cognición restringida, como puede ser un juicio ejecutivo.

Capítulo XXII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA. PRINCIPALES CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Por Julieta Rodríguez Prado

Sumario

I. *Como punto de partida: El expediente administrativo* 384

II. *Los principios del procedimiento adminjstrativo en la realidad* 385
1. La impulsión de oficio 385
2. La verdad material 386

III. *Los recursos administrativos en la realidad administrativa* 386

IV. *A modo de conclusión...* 387

Capítulo XXII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA. PRINCIPALES CUESTIONES QUE SE PLANTEAN[1]

Por Julieta Rodríguez Prado

El propósito de este trabajo es indagar acerca de algunos de los inconvenientes que habitualmente se deben sortear en un procedimiento administrativo. Sin embargo, no se trata aquí de analizar lo que la normativa nos enseña, sino, como lo indica el título de este trabajo, el procedimiento administrativo en la práctica. En una primera aproximación podemos señalar que el principal problema radica —como en muchos otros temas del derecho administrativo— en el hecho de que el marco normativo no encuentra su correlato en el fáctico.

Desde la propia finalidad que intenta cumplir el procedimiento administrativo, podemos reconocer esta falencia. Recordemos que éste tiene como fin "asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general, mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo."(1)

Ahora bien, los que habitualmente enfrentan la ardua tarea de leer un expediente administrativo fácilmente podrán admitir que dicha definición lejos está de cumplir su propósito. Menos aún los requisitos de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites.(2) Luego de esta breve introducción, intentaré mostrar al menos aquellas falencias que a mi juicio juegan un papel fundamental en el procedimiento administrativo y que en diversas oportunidades conducen indefectiblemente al desmedro de los derechos de los particulares involucrados.

[1] Publicado originalmente en Tawil, Guido S. (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 333-337.

I. Como punto de partida: El expediente administrativo

Ya se abordaron al comienzo de este capítulo las principales cuestiones respecto del expediente administrativo. Ahora cabe aquí hacer ciertas precisiones sobre cómo se presenta en la práctica. Para ello no debemos olvidamos que tanto su identificación como su compaginación y foliatura son elementos que hacen a la legalidad de las actuaciones.[2] Sin embargo, como veremos a continuación, a lo largo del trámite de un expediente administrativo, se reconocen incumplimientos a estos elementos.

Lo primero que no puede soslayarse es el aspecto que presenta un expediente administrativo. A simple vista uno puede reconocer su desorden,[3 y 4] con carátulas deterioradas, hojas de distintos tamaños y colores, e incorrectamente agregadas.

A ello debemos sumarle los cambios constantes en la identificación de las actuaciones, que impiden su correcta identificación y, por consiguiente, se dificulta su búsqueda.

Si bien estos no son aspectos menores, sin duda uno de los problemas centrales que aparece en la práctica administrativa es la incorrecta, doble o falta de foliatura de muchas de las actuaciones administrativas. No cabe aquí detenernos en la importancia que significa la correcta compaginación de un expediente. Lo cierto es que los expedientes administrativos —a diferencia de los judiciales— se caracterizan por ser foliados por los distintos y diferentes organismos por donde circula. Si bien ello no debería repercutir en la correcta foliatura, en la práctica esto no sucede. En cada una de las tantas remisiones de las actuaciones, aparece la falta de uniformidad en la forma de foliar. Eso, sin duda, trae aparejado un sinnúmero de inconveniente.

En primer término, dificulta la lectura de las actuaciones, no sólo para el particular, sino también para la administración misma, que a la hora de resolver, se encuentra con el dilema de remisiones incorrectas o a fojas inexistentes.

Por otro lado, y más importante aún, trae confusiones sobre la fecha y oportunidad en que fue agregada documentación, conllevando ello un desordenado manejo de las actuaciones y generando un halo de desconfianza en el actuar administrativo.

[2] Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo,* t. II, 2ª ed. actual., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 508.

[3] Recordemos que Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo,* cit., p. 509, nos enseñaba que "el orden es principio de seguridad y razón para el procedimiento que deberá reflejarse en el expediente; la foliación y compaginación son en esto principios rectores."

[4] Véase el análisis de las actuaciones administrativas en Gordillo, Agustín, *Tratado de derechoadministrativo,* t. II, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. X, p. X-3.

Frente a estas particularidades que señalamos, el administrado debe prestar suma atención al advertir algún tipo de rectificación, tachadura o borradura en las foliaturas.[5]

II. Los principios del procedimiento adminjstrativo en la realidad[6]

A la hora de efectuar el análisis del procedimiento administrativo en la práctica, no podemos dejar de ver qué ocurre con los principios orientadores de ésta. Adelanto ya que existe entre ellos y la realidad un abismo significativo. Especialmente me referiré a la impulsión de oficio y a la verdad material.

1. *La impulsión de oficio*

Este principio encuentra su recepción en el art. 1°, inc. a), LNPA. Debemos tener en cuenta que éste consiste en que la administración debe tomar a su cargo la impulsión de las actuaciones de tal forma que pueda cumplir con la celeridad del pronunciamiento y tomar las medidas adecuadas para el ordenamiento del trámite.[7]

Aquí, una vez más, la realidad administrativa nos demuestra que nada más lejos está este principio de ser cumplido. Por tal motivo, el interesado no tendrá más remedio que ser el impulsor del procedimiento.

En efecto, aquel que se encuentre interesado en la resolución de cualquier tipo de actuación administrativa no podrá quedarse tranquilo y esperar que la administración impulse el procedimiento. Tendrá que presentarse reiteradamente ante el organismo pertinente, solicitar las actuaciones y efectuar todas y cada una de las presentaciones que sean necesarias para la rápida resolución. Aquel que se apersona, insiste, llama por teléfono, encontrará al menos un pronunciamiento más próximo a su trámite.[8]

Claro está que el administrado deberá conocer y utilizar todas las herramientas que la normativa le proporciona ante la inactividad de la administración. (Am-

[5] Resulta interesante destacar que Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo,* cit., p. 509, entiende que este tipo de problemas en la foliatura "deberán calificarse como presunción de irregularidad, salvo que se motive por el órgano competente las causas que dieron lugar a tal clase de conducta."

[6] Ver sobre ello el interesante trabajo de Bibiloni, Homero M., "Procedimiento administrativo: un repaso de algunas patologías para un sinceramiento necesario," en *Actualidad en el derecho público*, t. 11, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 65-69.

[7] Aberastury (h.), Pedro y Cilurzo, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 33. En forma concordante, Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos,* Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 42, expresa que "en virtud del principio inquisitivo o de oficialidad, incumbe a la autoridad administrativa dirigir el procedimiento y ordenar que se practique toda diligencia que sea conveniente para el esclarecimiento de la verdad y la justa resolución de la cuestión planteada."

[8] Ampliar Gordillo, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, cap. X, pp. X-7 y ss., y Caplan, Ariel R. y Scheibler, Guillermo M. (coords.), *Manual de ciudadanía activa*, Buenos Aires, Carlos Sánchez Vi amonte Asociación Civil, 2005, pp. 39 y ss.

paro por mora y silencio administrativo.) Por ello, obtendrá mayores beneficios el particular que tenga una actitud más comprometedora en el desarrollo del procedimiento administrativo. Como nos enseña GORDILLO: "habrá que desarrollar paciencia y sobre todo perseverancia para evitar que los abusos eventuales se repitan y perpetúen."[9]

2. *La verdad material*

Este principio le impone a la administración el deber de conocer lo que realmente aconteció. Por ello le permite a la Administración Pública "prescindir de lo alegado y probado por las partes, imponiéndole el deber de procurar esa verdad material."[10] Esto se encuentra íntimamente relacionado con la impulsión de oficio a la cual me referí anteriormente.

Vemos en la práctica un total desinterés al conocimiento de la verdad material como indica la normativa. La realidad demuestra el rechazo de recursos, quejas, denuncias, en forma sistemática, sin un acabado estudio de la cuestión planteada.

Peor aún es la desestimación constante de los medios probatorios que ofrece el interesado. Aquí el interés público por el que debe bregar la autoridad parece olvidado y conduce al rechazo de cualquier elemento probatorio que permita facilitar la decisión a adoptar.

En este marco, queda subsumida la decisión final a algún informe técnico inicial, que luego es reiterado un sinnúmero de veces por los distintos organismos. Y al resolverse los recursos jerárquicos tampoco vemos que la autoridad se preocupe por desentrañar esa verdad material. Por lo contrario, nuevamente refleja en su resolución, una copia de aquel informe inicial que lejos puede estar del conocimiento exacto de la verdad.

III. Los recursos administrativos en la realidad administrativa

En el capítulo IV se analizarán los distintos recursos que la LPNA le otorga al administrado en el ámbito de procedimiento administrativo. Sin embargo, aquí trataremos de analizarlos críticamente desde la realidad administrativa. Para ello debemos tener en cuenta que los fines de éstos son:

1) Promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos, por parte de los órganos superiores de la administración, dando a esta última la oportunidad para revisar los criterios y revocar los errores en que se hubiera incurrido.

2) Producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, que advierta a la administración sobre la naturaleza y los alcances de los derechos o los intereses en juego.

[9] GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado*..., cit., t. 2, cap. X, p. X-2.

[10] CASSAGNE, JUAN C., "Principios generales del procedimiento administrativo," en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración - División Estudios Administrativos, 1998, p. 17.

3) Permitir una mejor defensa del interés público, a través del mejoramiento de los argumentos de los actos administrativos que podrán generar el reconocimiento y el acatamiento de los administrados, con base en los mayores fundamentos que se expongan.[11]

A la hora de ver estos recursos en el ámbito de la práctica administrativa, nuevamente observamos que lejos están estos objetivos de ser cumplidos. Es una falacia sostener que los recursos dan una oportunidad a los órganos superiores de revisar criterios y revocar los errores.

En primer lugar, pocos o, me atrevería a decir, casi ninguno de ellos tienen acogida favorable. Los servicios jurídicos, en el 99% de los casos, no tienden a reconocer el error administrativo.

Por otro lado, los funcionarios tampoco tienden a apartarse de lo decidido por sus órganos inferiores. Con ello el recurso jerárquico se resuelve con una suerte de remisión a la resolución del órgano inferior.

A ello debemos sumarle el incumplimiento de los plazos que el decreto-ley prevé para su resolución. En particular podemos destacar el caso de los decretos que resuelven recursos jerárquicos. Aquí la intervención de diferentes ministros para el refrendo del proyecto implica la remisión del expediente de un ministerio a otro. Ello, previo pase por una innumerable cantidad de direcciones, secretarías, mesas de entradas y asesores que revisan una y otra vez el proyecto. Refrendado ya por los distintos ministros, puede llegar el caso de que se decida modificarlo, con lo cual el circuito comienza nuevamente. Todo este engorroso trámite lleva a veces más de un año. Siempre y cuando se tenga suerte de que el expediente en todo este extravagante circuito no se extravíe...

Con ello no debo dejar de advertir que a pesar de las herramientas legales para el caso de mora administrativa, no son conocidas por los administrados que en su mayoría concurren sin asistencia letrada. Frente a esta situación, los particulares toleran demoras significativas para la resolución de sus recursos que luego, además, son rechazados. También es importante tener en cuenta que son pocos los casos en donde el administrado acude a la Justicia. Se prefiere cumplir quizás con una arbitrariedad de la administración que incurrir en gastos causídicos.

IV. A modo de conclusión...

Como hemos visto, el procedimiento administrativo lejos se encuentra de cumplir los propósitos que lo inspiran. Aparece subsumido en un juego de normas y principios que no encuentran su concreción en el plano fáctico.

Las distintas falencias que hemos analizado no sólo perjudican a los particulares que acuden a la administración, sino que además importa un gasto inmensurable que poco o nada sirve a la comunidad.

[11] García Pullés, Fernando, "El agotamiento de la vía administrativa," *LL*, 1993-A-1044.

Resulta necesario un replanteo del papel que cumple el procedimiento administrativo en la práctica, tanto para el administrado como para la administración misma.

Aspiro a que esta visión crítica nos invite a reflexionar sobre los verdaderos objetivos del procedimiento administrativo, a fin de hallar las herramientas que contribuyan a la real prosecución del interés público.

Capítulo XXIII

EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN LA PRÁCTICA

Por Marcelo A. Bruno dos Santos

Sumario

I. *Introducción* 391

II. *El procedimiento de determinación de la condición de refugiado* 393
1. El procedimiento de determinación de la condición de refugiado ante la CONARE 394
2. El procedimiento acelerado de determinación de la condición de refugiado 396
2.1. El procedimiento acelerado de determinación de la condición de refugiado: El cumplimiento del debido proceso legal 396
2.2. El procedimiento acelerado de determinación de la condición de refugiado ante la CONARE: El Acta Resolutiva CONARE Nº 1/2009 397

III. *El debido proceso legal en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado* 398
1. El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete calificado ... 400
2. El derecho del solicitante de refugio a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses 402
3. El derecho a ser asistido por un letrado 403
4. El derecho a ser oído en una entrevista de elegibilidad 406
5. El derecho a obtener una decisión fundada 408

IV. *Conclusiones* 410

Capítulo XXIII

EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN LA PRÁCTICA

Por Marcelo A. Bruno dos Santos

I. Introducción

La protección de los derechos de los refugiados[1] ha experimentado un significativo avance por la adhesión de la República Argentina a los instrumentos internacionales y regionales sobre refugio, lo que se completa con la sanción de la Ley General de Reconocimiento y Protección del Refugiado Nº 26.165.[2]

En términos generales y a nivel mundial, el índice de reconocimiento de la condición de refugiado se sitúa en el 30% de todas las decisiones tomada en 2011, mientras que el índice total de reconocimiento es del 38%.[3]

[1] De conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes, un refugiado es una persona que: a) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él, y b) ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violencia masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. No pueden ser refugiados aquellas personas que: a) Han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales, b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio antes de ser admitida en él como refugiada, y c) que ha cometido actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. (Arts. 9 y 4 de la ley 26.165.)

[2] BO 1-XII-06.

[3] El porcentaje de decisiones que reconocieron la condición de refugiado, en realidad, es mayor que tales índices, puesto que las resoluciones de las apelaciones se suelen contar dos veces. Entre los países industrializados, Suiza y Finlandia tuvieron el mayor índice total de reconocimiento en primera instancia en 2011. (72% y 67%, respectivamente.) Por otra parte, a finales del año 2011 la región de las Américas acogió el menor porcentaje de refugiados (8%) en todo el mundo, siendo los colombianos (392.600) el grupo más representativo. En ese momento, los principales países receptores

La Argentina se ha convertido en uno de los países con mayor coeficiente de elegibilidad en el mundo, encontrándose en el grupo de países que aceptan la mayor cantidad posible de refugiados.[4] Sin embargo, se puede advertir que ha sufrido un notorio descenso durante el período 2007-2011 pues la tasa de reconocimiento de la condición de refugiado ha sido del 23,79%.[5]

La Comisión Nacional para Refugiados (CONARE) estimó que aproximadamente un 40% de las solicitudes presentadas en los años 2007-2008 podrían ser consideradas como "manifiestamente infundadas o abusivas," lo que "explicaría en parte el decrecimiento, con relación a años anteriores, de la tasa general de reconocimiento." [6]

EVOLUCIÓN TASA DE RECONOCIMIENTO

AÑO	RECONOCIDOS	DENEGADOS	TOTAL	TASA RECONOCIMIENTO
2007	137	267	404	33,91
2008	163	442	605	26,94
2009	142	473	615	23,09
2010	73	429	502	14,54
2011	111	394	505	21,98
TOTAL	626	2005	2631	23,79

La CONARE es un ente desconcentrado, creado en la órbita del Ministerio del Interior, y encargado de proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo, y de evaluar y decidir sobre el reconocimiento y la cesación de la condición de refugiado.[7]

de refugiados fueron: 1º) Pakistán, 2º) la República Islámica del Irán, 3º) República Árabe Siria, 4º) Alemania, 5º) Kenia, 6º) Jordania, 7º) Chad, 8º) China, 9º) Etiopía y 10º) Estados Unidos, debiendo tener presente que la mayoría de los refugiados huyen a países vecinos, permaneciendo de esta forma en la región de la que son originarios. (ACNUR, Tendencias Globales: Un año en crisis, 2011.)

[4] Cicogna, María P., "Las políticas públicas que protegen los derechos humanos de los refugiados en la Argentina," en *Revista Debates*, 2009, p. 1, citado por Morales, Pamela V., "Los refugiados en Argentina. Reflexión sobre las limitaciones y conflictos de la gestión estatal del refugio," en *Revista electrónica de la Casa Argentina en París*, http://ensemble.educ.ar/wp-content/uploads/2011/12/articulo-para-dossier-ensemble-7-Pamela-Morales-con-formato.pdf

[5] Información que fuera ofrecida gentilmente por la CONARE. Recientemente, la página web de la CONARE brinda información estadística en materia de refugio, lo que resulta sumamente loable.

[6] La estimación se debe, en ese momento, a la inexistencia de un procedimiento diferenciado (sumario o acelerado) para ese tipo de solicitudes, conforme se consigna en el punto 1 del Procedimiento Sumario para el tratamiento de solicitudes del estatuto de refugiado manifiestamente fundadas e infundadas o abusivas aprobado por Acta Resolutiva CONARE Nº 1/09.

[7] Art. 25 de la ley 26.165. La CONARE fue creada por la ley 26.165, funciona en el ámbito del Ministerio del Interior y está integrada por cinco comisionados: Un representante del Ministerio del Interior, un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto,

El procedimiento de determinación de la condición de refugiado llevado a cabo por la CONARE es de suma importancia para la persona que ha tomado la decisión de abandonar el país de su nacionalidad o de residencia habitual por haber sufrido persecución y solicita ser reconocida como refugiada en los términos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

En este trabajo intentaremos analizar el procedimiento administrativo realizado por la CONARE para la determinación de la condición de refugiado y, en particular, el respeto a las garantías mínimas que resguardan el principio de debido proceso legal de conformidad con los instrumentos internacionales y regionales sobre refugiados, de derechos humanos, de derecho internacional humanitario y la normativa interna; ya que la falta de observancia a dichas garantías podría importar el no reconocimiento de la condición de refugiado a una persona necesitada de protección internacional.

II. El procedimiento de determinación de la condición de refugiado

Los instrumentos internacionales que rigen la condición y la protección de los solicitantes de asilo son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

Estos instrumentos son complementados y, en ciertos aspectos, ampliados por un conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos y por determinadas disposiciones del derecho humanitario internacional.[8]

Los instrumentos internacionales en materia de refugio no fijan un procedimiento específico para la determinación de la condición de refugiado, por lo que cada Estado deberá definirlos sobre la base de los instrumentos internacionales y regionales sobre refugiados y de los estándares nacionales judiciales y de derecho administrativo que determinan la forma y el contenido de estos procedimientos.[9]

un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un representante del Ministerio de Desarrollo Social y un representante del Instituto Nacional contra la Discriminación y Xenofobia. Asimismo, se integrarán a la Comisión con derecho a voz y sin derecho a voto: Un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y un representante de las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, que propendan a los fines objeto de la ley que será designado por los miembros de la Comisión, teniendo en consideración su trayectoria en la asistencia y defensa en los derechos de los refugiados. (Arts. 18 y 23 de la ley 26.165.)

[8] Incluso con anterioridad a la Convención de 1951, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispuso el derecho de toda persona "[e]n caso de persecución … a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país." (Cfr. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28-II-00, párrafo 26.) También, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoció el derecho de toda persona "de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales." (Art. XXVII.)

[9] ACNUR, Consultas Globales, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 31-V-01, párrafos 2º y 4º.

Los procedimientos internos para la determinación de la condición de refugiado deben ser adecuados y efectivos: "Un marco de procedimiento que sea adecuado para hacer valer" los derechos fundamentales a la libertad, la integridad y la vida "es aquel que proporciona mecanismos que establecen efectivamente si una persona cumple con el estándar aplicable de riesgo. En el contexto de la condición de refugiado, esto requiere de procedimientos efectivos para establecer los hechos pertinentes e interpretar y aplicar las normas pertinentes."[10]

1. *El procedimiento de determinación de la condición de refugiado ante la CONARE*

En el plano local, el procedimiento administrativo se regirá por lo que dispone el decreto-ley 19.549/72 y sus modificaciones, en lo que no sea objeto de expresa regulación específica en la ley 26.165, sin olvidar que la Secretaría Ejecutiva y la Comisión tendrán presente, en el cumplimiento de sus funciones, los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR.[11]

La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado podrá ser presentada ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE o remitida a ella por alguna de las autoridades que hubieran intervenido en su recepción.[12]

La solicitud deberá contener los datos completos del solicitante, los motivos de su pedido y el ofrecimiento de la prueba documental u otros medios probatorios en apoyo de su solicitud.[13]

La Secretaría Ejecutiva informará al solicitante del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, sus derechos y obligaciones en su propio idioma o en un idioma que pueda entender y tendrá a su cargo la instrucción de los expedientes: a) Iniciará el expediente del solicitante, adjuntado su declaración y toda la documentación que arrime; b) ordenará las medidas de prueba que se estimen necesarias para acreditar los hechos invocados por el solicitante y todos aquellos que se estimen relevantes para la dilucidación de la alegada condición de refugiado, y c) mantendrá una o varias entrevistas personales con el solicitante de refugio.[14]

Posteriormente, la Secretaría Ejecutiva elaborará el informe técnico no vinculante respecto de la solicitud, el que consistirá en el análisis de los hechos, búsqueda de información sobre la situación en el país de origen y la adecuación

[10] CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28-II-00, párrafo 104.

[11] Arts. 34 y 35 de la ley 26.165.

[12] Art. 36 de la ley 26.165.

[13] Art. 38 de la ley 26.165.

[14] Arts. 31, 36 y 41 de la ley 26.165.

del caso en los términos de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y de la ley 26.165.[15]

En tales condiciones, la CONARE dictará la decisión que concede o deniega el reconocimiento de la condición de refugiado, debiendo contener los hechos y fundamentos legales que la motivan.[16]

Si accede a la solicitud, el refugiado tiene derecho a la obtención de una residencia temporaria por el plazo de dos años, prorrogables cuantas veces la CONARE lo estime necesario,[17] y a un documento de identidad que le permita ejercer plenamente sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales, como cualquier otro extranjero residente en nuestro país.[18]

En caso de denegatoria, el solicitante puede interponer un recurso jerárquico dentro de los diez días de notificación de la decisión, que deberá ser fundado e interpuesto ante la Secretaría y el cual es resuelto por el Ministerio del Interior, previo dictamen de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.[19]

Como ha sostenido Gordillo al referirse al régimen de los actos administrativos en materia migratoria previsto en la ley 25.871 y su aspiración de que se generalice al resto de los procedimientos administrativos,[20] las disposiciones de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado Nº 26.165 producen un elogiable avance desde el punto de vista del debido proceso adjetivo ya que el procedimiento recursivo previsto en la ley presenta una diferencia sustancial respecto al procedimiento general del decreto 1752/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72: La interposición de los recursos administrativos y judiciales tienen efecto suspensivo respecto de las medidas dictadas hasta tanto queden firmes. En el caso de que se hayan iniciado causa penal o expediente administrativo por ingreso ilegal al solicitante de la condición de refugiado, estos procedimientos quedarán suspendidos hasta que se determine por medio de resolución firme su condición de refugiado.[21] Por lo demás, hay que recordar la obligación de "no refoulement" —no devolución— a cargo del Poder Ejecutivo nacional que incluye al solicitante de refugio, según lo consagrado en el art. 7º de la ley 26.165.[22]

[15] Art. 31, inc. *c)* de la ley 26.165.

[16] Art. 49 de la ley 26.165.

[17] Art.23, inc. *k)* de la ley 25.871 y decreto 616/10.

[18] Art. 52 de la ley 26.165.

[19] Art. 50 de la ley 26.165.

[20] Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2010, 10ª ed., cap. I, § 5, p. I-12.

[21] Arts. 50 y 40 de la ley 26.165.

[22] El art. 7º de la ley 26.165 establece que: "Ningún refugiado, entendiéndose como incluido en este término al solicitante de asilo cuyo procedimiento de determinación de la condición de refugiado esté todavía pendiente de resolución firme, podrá ser expulsado, devuelto o extraditado a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes." (Cfr. CSJN, *Apablaza Guerra*, 2010, *Fallos*,

2. *El procedimiento acelerado de determinación de la condición de refugiado*

2.1. *El procedimiento acelerado de determinación de la condición de refugiado: El cumplimiento del debido proceso legal*

Muchos Estados han adoptado procedimientos acelerados para tramitar aquellas solicitudes que resultan claramente abusivas o manifiestamente infundadas —como "aquellas que son claramente fraudulentas o que no guardan relación con los criterios para la concesión de la condición de refugiado establecidos en la Convención … de 1951 … ni con otro criterio que justifique la concesión de asilo"—, las cuales podrían congestionar los procedimientos de asilo, en especial en aquellos países que tienen una significativa carga de solicitudes,[23] en detrimento de los intereses de aquellas personas que tienen razones válidas para solicitar asilo.[24]

Los parámetros para la determinación de solicitudes claramente abusivas o manifiestamente infundadas deben ser claramente definidos, para que las decisiones que involucran temas sustantivos complejos no sean tratadas por este procedimiento especial.[25]

En los procedimientos acelerados se deben asegurar la existencia de las debidas garantías procedimentales, por lo que, además de los restantes requisitos básicos aplicables a todos los tipos de solicitudes de asilo,[26] se deben aplicar tres salvaguardas que resultan específicamente aplicables:[27] "En primer lugar, se debe realizar una entrevista personal completa del solicitante por parte de un oficial plenamente capacitado o, cuando resulte posible, por un funcionario de la autoridad competente para realizar la determinación de la condición de refugiado. En segundo lugar, la autoridad normalmente competente para determinar la condición de refugiado debe establecer el carácter manifiestamente infundado o abusivo de la solicitud. En tercer lugar, un solicitante rechazado debe contar con la posibilidad de que se revise la decisión denegatoria antes de que se le rechace en frontera o se le expulse del territorio. Esta posibilidad de revisión puede ser más simplificada que aquella disponible para casos rechazados que no son manifiestamente infundados o abusivos."[28]

333:1735.) Este principio reconoce su génesis en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

[23] En aquellos Estados donde se presentan pocas solicitudes, la opción más efectiva y apropiada es seguir un procedimiento único para la adopción de decisiones prontas y de calidad. (ACNUR, Consultas Globales, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 31/V/01, párrafo 26.)

[24] ACNUR, Conclusión Nº 30 de 1983.

[25] ACNUR, Consultas Globales, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 31/V/01, párrafo 50, apartado *d)*.

[26] ACNUR, Conclusión Nº 8 de 1977.

[27] *Ídem*.

[28] ACNUR, Consultas Globales, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 31/V/01, párrafo 32.

2.2. *El procedimiento acelerado de determinación de la condición de refugiado ante la CONARE: El Acta Resolutiva CONARE Nº 1/2009*

El Acta Resolutiva Nº 1/2009, dictada por la CONARE en uso de las facultades otorgadas por el art. 25 de la ley 26.165, implementa un procedimiento sumario para el tratamiento de solicitudes del estatuto de refugiado manifiestamente fundadas e infundadas o abusivas.

Ahora bien, dicho acto administrativo de alcance general no ha adquirido eficacia ya que no ha sido publicado en el boletín oficial de conformidad con lo previsto en el art. 11 del decreto-ley 19.549/72, por lo que no resulta aplicable a ninguna solicitud de refugio.

Tampoco puede la CONARE dictar un reglamento de ejecución —facultad que se encuentra en cabeza del Poder Ejecutivo y que aún no ha sido dictado—[29] para regular, directa o indirectamente, los derechos e intereses de los solicitantes de refugio,[30] lo que tampoco ha sido la voluntad del legislador a tenor de lo prescripto en el mencionado art. 25.

El Acta Resolutiva Nº 1/2009 establece el procedimiento sumario para el tratamiento de solicitudes manifiestamente fundadas, y manifiestamente infundadas y abusivas y fraudulentas, fijándose para éstas solicitudes ciertos parámetros para su consideración como tales.

Concretamente, el procedimiento sumario se aplicó aproximadamente al 15% de las solicitudes de refugio presentadas durante los años 2010-2011, según la información estadística brindada en la página web de la CONARE.

Claramente, son varios los reparos que se pueden esbozar respecto al incumplimiento de la exigencia de publicación de los actos de alcance general,[31] sin embargo la CONARE aplica este *paralelo* procedimiento acelerado a muchas solicitudes,[32] violentando flagrantemente los derechos de los solicitantes de refugio y socavando fuertemente el principio de transparencia republicana.

[29] Art. 59 de la ley 26.165.

[30] Ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. VII, § 9, pp. VII-18-19.

[31] Ello no debe perder de vista que "[l]a publicidad es temporalmente hablando, mucho más que la publicación," ver, respecto a ello, el interesante trabajo de García Sanz, Agustín A. M., "La publicidad de las normas a través de internet como estándar mínimo para que sean exigibles," *RPA*, 2008-3, pp. 55 y ss.

[32] Se trata de un procedimiento administrativo paralelo al sistema normativo formalmente vigente, un ejemplo más de lo que Gordillo llama el *parasistema jurídico.* (Ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 6, *El método en derecho – La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª ed., libro II.) Ver también Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, RAP, 2007, 1ª ed.

III. El debido proceso legal en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado

El art. 1º de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado Nº 26.165 establece que la protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la presente ley.

Los tratados internacionales de derechos humanos, de los que la República Argentina es parte, fijan los estándares —como el respeto a las garantías del debido proceso legal—[33] que deben regir en materia de determinación de la condición de refugiado.[34]

La Corte Suprema en el caso *Giroldi* ha expresado que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia,[35] esto es, tal como la convención efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. La aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.[36] Tales pautas fueron reiteradas por el Alto Tribunal en el caso *Bramajo* al mencionar que "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales."[37]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los arts. 8º y 25 consagran las garantías mínimas del debido proceso, entendido éste como "el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cual-

[33] GORDILLO puntualiza que el principio cardinal del derecho público constitucional y administrativo es el principio del debido proceso en su doble faz adjetiva y sustantiva: Como derecho a ser oído tanto individual como colectivamente antes de que se tome una decisión adversa a sus derechos e intereses —incluidos los derechos de incidencia colectiva— y como el derecho a que la decisión sea intrínsecamente razonable. (conf. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 7, p. VI-27.)

[34] FIGUEROA, MARÍA S. / MARCOGLIESE, MARÍA J., "Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina," en LETTIERI, MARTÍN (editor), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad de Lanús, 2012, pp. 359-361.

[35] Art. 75, inc. 22, segundo párrafo de la Constitución nacional.

[36] CJSN, *Giroldi*, 1995, *Fallos*, 318: 514; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., cap. VI, § 1, p. VI-11; GORDILLO, AGUSTÍN Y OTROS, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed., cap. II, § 5, pp. II-26-27.

[37] CSJN, *Bramajo*, 1996, *Fallos*, 319: 1840.

quiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos."[38]

Las garantías que aseguran el derecho al debido proceso "no se aplican solamente a jueces y tribunales judiciales" sino que "deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos."[39] Y "que todos los órganos del Estado que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8 de la Convención Americana."[40]

El elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela el amplio alcance del debido proceso, el individuo tiene derecho al debido proceso tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes,[41] incluso en materia de determinación de la condición de refugiado. En este sentido, "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal", pues "[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas."[42]

[38] Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 19-IX-06, Serie C Nº 151, párrafo 116; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia*, sentencia del 31-I-01, Serie C Nº 55, párrafo 69; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2-II-01, Serie C Nº 72, párrafo 124; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6-II-01, Serie C Nº 74, párrafo 102; *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23-XI-10, Serie C Nº 218, párrafo 142; CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6-X-87, Serie A Nº 9, párrafo 27.

[39] Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 19-IX-06, Serie C Nº 151, párrafo 118.

[40] Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 1-IX-11, Serie C Nº 233, párrafo 111; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia*, sentencia del 31-I-01, Serie C Nº 55, párrafo 71; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6-II-01, Serie C Nº 74, párrafo 104; *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23-VI-05, Serie C Nº 127, párrafo 149; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 22-XI-05, Serie C Nº 135, párrafo 164.

[41] Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá,* sentencia del 2-II-01, Serie C Nº 72, párrafo 125; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6-II-01, Serie C Nº 74, párrafo 103; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia*, sentencia del 31-I-01, Serie C Nº 55, párrafo 70; *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23-XI-10, Serie C Nº 218, párrafo 142.

[42] Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2-II-01, Serie C Nº 72, párrafos 124 y 127; CSJN, *Losicer*, sentencia del 26-VI-12.

En definitiva, "se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal."[43]

De conformidad con los instrumentos internacionales, la CONARE debe respetar ciertas garantías mínimas que resguardan el principio de debido proceso legal —como así también el de confidencialidad— según lo previsto en el art. 32 de la ley 26.165 en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, para que el solicitante encuentre protección frente a las resoluciones que adopte dicho organismo durante las distintas etapas del procedimiento.[44]

Especialmente, se reconoce al solicitante de refugio los siguientes derechos conforme lo establecido en el art.32: A) A ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete calificado si no comprende o no habla el idioma nacional; B) a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses, y C) a ser asistido por un defensor en todas las instancias del procedimiento.

En lo que sigue analizaremos ciertas garantías del debido proceso que deben ser respetadas en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, haciendo hincapié en ciertas prácticas —acciones u omisiones— de la CONARE que se encuentran reñidas con los derechos de los solicitantes de refugio.[45]

1. *El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete calificado*

El Estado debe proporcionarle al solicitante de refugio los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso a las autoridades competentes.[46]

[43] Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y* Costas, sentencia del 23-XI-10, Serie C Nº 218, párrafo 142.

[44] En este sentido, el art. 57 señala que las disposiciones y alcances de la ley 26.165 serán interpretadas y aplicadas de acuerdo a los principios y normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra de 1951 y el correspondiente Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y todas aquellas disposiciones o convenciones aplicables de los derechos humanos y sobre refugiados ratificados por la República Argentina y/o contenidos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional e instrumento de asilo vigentes en la República Argentina.

[45] Ello me lleva a recordar las reflexiones de Gordillo en torno a que nuestras administraciones no suelen dar cumplimiento acabado al dictado de actos conforme a derecho, previo debido proceso adjetivo, etc., pues "el problema no es el procedimiento sino el órgano," lo que lo lleva a proponer el cambio del sujeto, esto es tribunales administrativos independientes para el dictado del primer acto administrativo. Mientras ese cambio no ocurra, hay que seguir bregando, casi inútilmente, para que la administración cumpla la ley y que la justicia intervenga pronta y eficazmente para corregirla. (cfr. Gordillo, Agustín, en García de Enterría, Eduardo / Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo con notas de Agustín Gordillo*, t. II, 1º ed., Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006, pp. 524-C-524-D.)

[46] ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, párrafo 192, punto IV; ACNUR, Comité Ejecutivo, Conclusión Nº 8 sobre determinación de la condición de refugiado, aprobada en el 28º período de sesiones, 1977, inc. *e)*, párrafo IV. Ver también

Se reconoce el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete calificado e imparcial, si no comprende o no habla el idioma nacional, para completar el formulario de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, colaborar en las entrevistas y ayudar en las presentaciones por escrito de los hechos en los que fundamente su solicitud.[47] También debe ofrecerse los servicios de un intérprete cuando el solicitante es notificado de la resolución sobre su solicitud de asilo y en la presentación de un recurso ante la autoridad competente.

Incluso cuando la comunicación con el oficial de elegibilidad se realice en el idioma oficial, al constatar que el solicitante posee ciertos conocimientos básicos de la lengua para interactuar cotidianamente con los demás, resulta violatorio del derecho a ser asistido por un intérprete calificado en aquellos casos en que no posee el dominio necesario que le permita expresarse con la precisión necesaria en todas y cada una de las entrevistas, declaraciones y comunicaciones que se realicen en el marco del procedimiento.[48]

También se vulnera su derecho cuando se provee los servicios de un traductor de una lengua respecto de la cual el solicitante posee ciertos conocimientos —por ejemplo, el inglés o un idioma que también se habla en el lugar de su procedencia—,[49] pero que no es el que habla con la suficiente fluidez —un dialecto— para una cabal comprensión de sus derechos y obligaciones en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

En definitiva, no dominar el idioma a través del cual se lleva a cabo el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado agrava aun más la especial situación de vulnerabilidad de cada solicitante de asilo; por esa razón, la provisión de un traductor o intérprete calificado resulta imperativo para que el peticionante pueda comprender cabalmente sus derechos y obligaciones, la estructura del procedimiento y las consecuencias de cada acto ya que así, solamente, el Estado asegurará el pleno acceso y capacidad de actuar de la persona en todas las etapas del procedimiento al tiempo que hará efectivo el derecho a solicitar asilo.[50]

los arts. 8.2.*a)* de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3. *f)* del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

[47] Arts. 32 y 41 de la ley 26.165.

[48] Filardi, Marcos E. / Dubinsky, Karina / Mendos, Lucas R., "El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias," en Lettieri, Martín (editor), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad de Lanús, 2012, pp. 243-245.

[49] En algunos Estados miembros de la Unión Europea han recurrido al uso de intérpretes a través de videoconferencias, ante la escasez de los mismos en determinados idiomas o lugares, lo que parece haber dado resultados positivos. (ACNUR, *Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas*, 2010, p. 35.)

[50] ACNUR, *Notas sobre Protección Internacional*, A/AC. 96/1008, 4-VII-05, párrafo 18.

2. *El derecho del solicitante de refugio a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses*

La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagran expresamente el derecho de toda persona durante el proceso a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.[51]

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho de contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa constituye uno de los derechos fundamentales de la persona humana.[52]

En el orden interno, se reconoce explícitamente el derecho al solicitante de refugio a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses.[53]

En el procedimiento sumario para el tratamiento de solicitudes manifiestamente infundadas y abusivas o fraudulentas establecido en el Acta Resolutiva CONARE Nº 1/2009 —sin olvidar que resulta inaplicable el procedimiento sumario para cualquier solicitud según lo expusiéramos anteriormente— "se le dará curso al pedido dentro de las 24 hs. de su presentación, considerando la disponibilidad de los recursos necesarios para llevar adelante el procedimiento en el día (intérpretes, cuestiones sensibles al género para la entrevista, etc.), imprimiéndole al trámite la celeridad correspondiente. De no disponerse de los recursos para llevar adelante el procedimiento en el día, se deberá citar al interesado a concurrir a la Secretaría en la primera fecha disponible o el siguiente día hábil, a fin de formalizar el procedimiento y efectuar la entrevista personal correspondiente … Si de los hechos descriptos por el solicitante se advierte el encuadre en algunos de los criterios definidos para considerarla como «manifiestamente infundada o abusiva», el funcionario responsable asignará el caso al Oficial de Elegibilidad. El Oficial deberá proceder a asistir al solicitante para completar el Formulario de Inicio ordinario, el que servirá de guía a fin de realizar en el acto la entrevista personal, con las características de privacidad y confidencialidad habituales, pudiendo en dicha oportunidad acercar la prueba de que disponga. En esa oportunidad se citará a la persona para el sexto día hábil próximo siguiente, día en el que se procurará notificar la decisión que se adopte por parte del Comité."[54]

Fácilmente puede advertirse que en este procedimiento acelerado se aplican plazos muy breves que entorpecen el ejercicio de los derechos y obligaciones por

[51] Ver los arts. 8.2.*c)* de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3.*b)* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[52] Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 17-XI-09, Serie C Nº 206, párrafos 54 y 55.

[53] Art. 32 de la ley 26.165.

[54] Puntos 2.3. y 3.2. del procedimiento sumario aprobado por Acta Resolutiva CONARE Nº 1/2009.

parte de los solicitantes y que dificultan un examen acabado sobre el fondo de la solicitud de asilo por la autoridad decisoria.

Es indudable que realizar la entrevista personal en el mismo día de presentación del pedido de reconocimiento de la condición de refugiado —como ocurre en numerosos casos— o al siguiente día hábil imposibilita al solicitante preparar su defensa adecuadamente, expresando las razones que motivan su pedido y ofreciendo las pruebas adicionales pertinentes, máxime que no resulta obligatoria la asistencia letrada en este procedimiento.

También resulta contrario a la finalidad de la entrevista con el solicitante de refugio, ya que el entrevistador necesita de un tiempo suficiente de preparación para su realización: Recabando información sobre los hechos básicos del país de origen del solicitante de refugio, preparando las preguntas correctas según la información consignada por el peticionante, previendo las posibles barreras en la comunicación, instruyendo al intérprete de cómo pretende efectuar la entrevista y el tipo de preguntas que le hará al solicitante, eligiendo un ambiente físico confortable y adoptando una actitud tranquila y respetuosa, planificando la entrevista cuidadosamente de manera de concentrarse en las áreas en que haya omisiones o contradicciones, etc..[55]

Evidentemente, la aplicación de plazos tan cortos impide que la entrevista sea una verdadera instancia de conocimiento de los hechos relevantes del caso a los fines de su posterior análisis por la autoridad competente.

3. *El derecho a ser asistido por un letrado*

La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen explícitamente el derecho de toda persona a la asistencia jurídica durante el proceso.[56]

En referencia a procedimientos que no se refieren a materia penal, la Corte Interamericana ha señalado que "las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso."[57]

El ACNUR ha destacado que los solicitantes de asilo deben estar asesorados sobre el proceso y, además, deben tener acceso a asistencia legal en cualquier

[55] ACNUR, *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado*, Módulo de capacitación, 1995, cap. 1.

[56] Ver arts. 8.2.d*)* y 8.2.*e)* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.*d)* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[57] *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10-VIII-90, Serie A Nº 11, párrafo 28; *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23-XI-10, Serie C Nº 218, párrafo 145.

fase del procedimiento, incluso en la etapa de admisibilidad.[58] En tal sentido, el acceso a la asesoría jurídica, como así también al ACNUR y a ONGs relevantes, cumplen un rol significativo en brindar al solicitante mayor confianza y entendimiento sobre el procedimiento de asilo, sus derechos y responsabilidades y, en particular, sobre las consecuencias de no ofrecer colaboración.[59]

En un informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, la Comisión Interamaricana de Derechos Humanos subrayó la transcendencia del derecho a la asistencia jurídica al afirmar que "considerando la naturaleza del proceso de determinación de la condición de refugiado y los intereses que están en juego para el peticionario, resulta obvio que es de su interés ser representado por un abogado competente. Además, los procedimientos aplicables pueden ser bastante complejos, particularmente para la vasta mayoría de peticionarios no versados en la ley aplicable."[60]

En esa oportunidad, la Comisión recomendó al Estado de Canadá que tome nuevas acciones encaminadas a garantizar que "aquellos peticionarios que necesitan asistencia jurídica para reivindicar efectivamente sus derechos en el marco de la totalidad del sistema aplicable a los refugiados, ya sea en los procedimientos de determinación, la revisión de la detención, la revisión administrativa posterior a la petición o la revisión judicial posterior a la petición, puedan valerse de esa importante salvaguarda, relativa a, entre otros, los artículos XVIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana."[61]

Se han identificado tres razones por las que la asistencia letrada se alza como una garantía de gran importancia en el procedimiento en el que se determinará si una persona es reconocida como refugiada o no: a) La trascendencia que tiene el resultado del proceso en la vida del solicitante de asilo, b) la especificidad y complejidad del derecho involucrado, y c) la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los solicitantes.[62]

También se han enumerado determinadas características que debe reunir la asistencia de un abogado para que sea efectiva y de calidad: a) La oportunidad, b) la gratuidad, c) la accesibilidad, d) la efectividad, e) la especialización, f) la autonomía y g) la provisión desde el ámbito de la defensa pública.[63]

[58] ACNUR, Consultas Globales, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 31/V/01, párrafo 50, inc. *g)*.

[59] *Ídem*, párrafo 37.

[60] CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28-II-00, párrafo 125.

[61] *Ídem*, párrafo 174.3.

[62] Ampliar en Filardi, Marcos E. / Dubinsky, Karina A. / Mendos, Lucas R., "El derecho a la asistencia letrada efectiva en el proceso de determinación de la condición de refugiado," en Rey, Sebastián A. / Filardi, Marcos E. (coord.), *Derechos Humanos: reflexiones del Sur*, Buenos Aires, Infojus, 2012, 1ª ed., pp. 181-188.

[63] *Ídem*, pp. 189-195.

En lo que aquí nos interesa, la Corte Interamericana ha dicho que "[s]i el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento."[64]

Consecuentemente, la asistencia letrada al solicitante debe ser garantizada a partir del inicio del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, ya de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad.[65]

En el plano local, se reconoce expresamente al solicitante de asilo el derecho a ser asistido por un defensor en todas las instancias del procedimiento.[66]

Los servicios de un defensor le permitirá al peticionante de asilo: a) Ser asesorado correctamente de sus derechos y obligaciones en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado; b) ser asistido legalmente al momento de completar el formulario inicial de solicitud del estatuto de refugio; c) ser asesorado en el ofrecimiento y producción de prueba; d) cuestionar la idoneidad del intérprete que interviene durante el procedimiento, y e) ser acompañado en la entrevista personal a los efectos de una mejor defensa de sus derechos e intereses.

Por otra parte, la información sobre el derecho que le asiste al solicitante de contar con un abogado desde el inicio del procedimiento de asilo tiene que ser provista por la autoridad pertinente de manera oportuna y en un idioma que puedan fehacientemente comprender, debiendo recurrirse a los servicios de un intérprete en caso de que no se pueda proporcionar dicha información en el idioma que domina el peticionante.[67]

En el procedimiento administrativo local, el solicitante debe ser informado de su derecho a recibir asesoría legal cuando se apersona a los efectos de peticionar la condición de refugiado en la Secretaría Ejecutiva de la CONARE o ante las dependencias autorizadas,[68] en un idioma que pueda comprender cabalmente y a través de la autoridad correspondiente.

En este contexto, la CONARE debe adoptar todas las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la información del solicitante de refugio, como consignar en la Guía de Información sobre la solicitud del Estatuto de Refugio en

[64] Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23-XI-10, Serie C Nº 218, párrafo 132.

[65] *Ídem*, párrafo 133.

[66] Art. 32 de la ley 26.165.

[67] Filardi, Marcos E. / Dubinsky, Karina A. / Mendos, Lucas R., "El derecho a la asistencia letrada efectiva en el proceso de determinación de la condición de refugiado," *op. cit.*, pp. 190-191.

[68] Art. 41 de la ley 26.165.

la República Argentina[69] el derecho, entre otros, a contar con asistencia jurídica y de ser informado de ello desde el inicio del procedimiento.[70]

Finalmente, se debe garantizar al solicitante de asilo una asistencia técnica-jurídica especializada en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado.[71]

La falta de publicación de las resoluciones de la CONARE en los casos sometidos a su decisión —salvaguardando debidamente la confidencialidad del solicitante de refugio y su familia— afecta decididamente el derecho a ser asistido correctamente por un asesor legal en la defensa de sus derechos, ya que no le permite tomar conocimiento de los criterios para la determinación de la condición de refugiado según la jurisprudencia administrativa.

Por lo demás, se acentúa, de esta manera, la falta de control de las decisiones públicas por parte de la sociedad en general y de las organizaciones internacionales.[72]

4. *El derecho a ser oído en una entrevista de elegibilidad*

Toda persona tiene derecho a ser oída en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de sus derechos conforme lo establecido en los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con más razón —como veremos— en el procedimiento administrativo de reconocimiento de la condición de refugiado.

El solicitante debe exponer los hechos pertinentes y ofrecer los elementos probatorios que están a su alcance para alcanzar la condición de refugiado.

El ACNUR ha puntualizado, al referirse a la averiguación de los hechos alegados en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, que si bien la carga de la prueba está en manos del solicitante, lo cierto es que se trata de una prueba compartida entre el peticionario y la autoridad estatal, pues quien solicita refugio se trata generalmente de una persona que huye de la persecución que solo lleva consigo lo indispensable para trasladarse a otro Estado,

[69] Brindada por la CONARE en idioma español, inglés y francés, y disponible en la página web del organismo.

[70] Dicha guía ha sido, enhorabuena, recientemente modificada, donde se ha consignado que el solicitante tiene derecho a ser asistido por un abogado de la Defensoría General de la Nación en forma absolutamente gratuita, quien lo asistirá en todas las instancias del procedimiento para determinar la condición de refugiado o para orientarlo en la regularización de su situación migratoria. (cfr. Acuerdo Marco de Cooperación Recíproca suscripto por la CONARE, el ACNUR y el Ministerio Público de la Defensa con fecha 3-X-11.)

[71] Filardi, Marcos E. / Dubinsky, Karina A. / Mendos, Lucas R., "El derecho a la asistencia letrada efectiva en el proceso de determinación de la condición de refugiado," *op. cit.*, p. 193.

[72] Lettieri, Martín, "Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba," en Lettieri, Martín (editor), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad de Lanús, 2012, pp. 110-111.

por lo que el examinador habrá de recurrir a todos los medios disponibles para conseguir las pruebas necesarias en apoyo de la solicitud.[73]

La entrevista personal es indispensable en razón de que es la oportunidad que tiene el solicitante de presentar de manera clara, completa y directa su solicitud a un entrevistador del sexo de su elección y, en su caso, a un intérprete calificado en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, ya sea ordinario o acelerado. Simultáneamente, la entrevista personal permite a la autoridad decisoria determinar la relevancia de los hechos planteados por el solicitante.

La entrevista a un solicitante de asilo tiene una dimensión diferente a la entrevista realizada en otros procedimientos: Un resultado exitoso puede significar un nuevo comienzo y esperanzas renovadas para el solicitante y su familia, mientras que un resultado negativo puede significar desesperación y peligro.[74]

En lo que aquí interesa, el ACNUR ha señalado que "[p]or lo general, una primera entrevista debería ser suficiente para sacar a la luz la historia del solicitante, pero puede ocurrir que el examinador tenga que aclarar aparentes discordancias y resolver contradicciones en una entrevista ulterior, así como encontrar una explicación a cualquier tergiversación u ocultación de hechos importantes … la información pertinente se suele consignar primeramente completando un cuestionario uniforme. Por lo general, esa información básica no será suficiente para permitirle llegar a una decisión al examinador, y habrá que proceder a una o más entrevistas personales. El examinador tendrá que ganarse la confianza del solicitante con objeto de ayudarle a presentar su caso y a exponer cabalmente sus opiniones y manera de sentir. Como es lógico, para crear ese clima de confianza es de suma importancia que las declaraciones del solicitante tengan el carácter de confidenciales y que se le informe de ello."[75]

Como se ha dicho, "en última instancia, el derecho a ser oído es un derecho transitivo, que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo: tener presente esta última gran dificultad para la plena vigencia de esta garantía ha de hacernos extremar el cuidado para que se cumplimenten todas y cada una de sus etapas y aspectos."[76]

La entrevista de elegibilidad está expresamente prevista en el art. 36 de la ley 26.165 al establecer: "Una vez recibida la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado … la Secretaría Ejecutiva procederá a su registro y ordenará las medidas de investigación que estime necesarias para acreditar los hechos invocados por el solicitante y aquellos otros que estime relevantes en orden

[73] ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, párrafo 196.

[74] ACNUR, *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado*, Módulo de capacitación, 1995, cap. 3.

[75] *Ídem*, párrafos 199 y 200.

[76] Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y el administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. IX, § 10, pp. IX-18-19. Ver ACNUR, *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado*, Módulo de capacitación, 1995.

a resolver sobre el reconocimiento de la condición de refugiado. Es obligatorio mantener una entrevista personal con el solicitante."[77]

En razón de su trascendencia y según la recomendación del ACNUR, en el inicio de cada entrevista el entrevistador debería explicar verbalmente al solicitante el propósito de la entrevista, los cometidos de los presentes, y los derechos y obligaciones del solicitante durante la misma, mediante un texto estándar que permita la uniformidad de la información que se brinde.[78]

En esa entrevista, el solicitante de asilo tiene derecho a exponer las razones de su pretensión personalmente ante el entrevistador, por ende, las respuestas brindadas en un cuestionario uniforme no suplen la obligación de oír el relato del peticionante sobre los hechos alegados a los efectos de permitir una evaluación integral de las circunstancias del caso por la autoridad que decidirá sobre el pedido de refugio.

En esa inteligencia, es de buena práctica ofrecer la posibilidad de celebrar una segunda entrevista personal en los casos que de la declaración del solicitante surjan contradicciones, deficiencias, falta de claridad, etc..

Por otra parte, es ajustado peticionar la conformidad del solicitante con el contenido del informe, previa lectura del mismo con la asistencia de un intérprete y mediando la oportunidad de rectificarlo, como así también facilitar al solicitante una copia del informe al finalizar la entrevista o inmediatamente después.

Por último, sería de gran utilidad para la autoridad decisoria la realización de grabaciones de audio y/o video de la entrevista personal de cada solicitante, por lo menos para ciertas entrevistas, en virtud de su carácter crucial en el contexto del procedimiento de determinación de la condición de refugiado.[79]

5. *El derecho a obtener una decisión fundada*

El derecho a una decisión fundada se conecta en su faz pasiva con el deber genérico de motivar los actos administrativos.[80] La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos.[81]

[77] Ver también los arts. 31, inc. *b)* y 45, inc. *a)* de la ley 26.165. En este punto, es preciso subrayar que la entrevista personal con el solicitante es *obligatoria* según la voluntad del legislador, sin excepción alguna.

[78] ACNUR, *Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas*, 2010, pp. 37-38.

[79] Ver recomendaciones en: ACNUR, *Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas*, 2010, pp. 43-45.

[80] HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2006, 8º d., p. 64.

[81] GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., cap. X, § 6, pp. X-13-16.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar los derechos humanos deben estar debidamente fundadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.[82]

En este sentido, ha sostenido que "[e]l deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de (*sic*) las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática … En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las «debidas garantías» incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso."[83]

En efecto, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas como así también les proporciona la posibilidad de criticar la decisión y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.[84]

Por su parte, el art.7, inc. *e)* del decreto-ley 19.549/72 exige que el acto "deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inc. b)" —que el acto debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable.

La resolución debe permitir al solicitante de refugio conocer las razones de hecho y de derecho en las que se basa la decisión adoptada.

Se ha recomendado que las personas encargadas de tomar las decisiones sobre refugio deben tener acceso, como un elemento fundamental, a información sobre el país de origen que sea precisa, imparcial y actualizada, proveniente de diversas fuentes.[85]

Las resoluciones de la CONARE, que deciden sobre la condición de refugiado del solicitante de asilo, encuentran sustento en el informe técnico no vinculante emitido por la Secretaría Ejecutiva, que en ciertas ocasiones describen la situación del país de origen en términos generales sin referencia alguna al caso en estudio

[82] Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23-VI-05, Serie C Nº 127, párrafo 152; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 19-IX-06, Serie C Nº 151, párrafo 120.

[83] Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 1-IX-11, Serie C Nº 233, párrafo 141.

[84] *Ídem*, párrafo 148.

[85] ACNUR, Consultas Globales, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 31/V/01, párrafo 50, apartado *j)*.

o sencillamente a través de la copia de informes en idioma inglés extraídos de páginas de internet.[86]

En esos casos la autoridad administrativa no adopta una decisión que se encuentre debidamente fundamentada, que le permita al peticionante de refugio comprender los motivos de la denegación de su solicitud y, por ende, articular una efectiva defensa de sus derechos al recurrir dicho acto administrativo.[87]

Pues bien, el control fundamental del solicitante de refugio, para evitar la entronización de la arbitrariedad como sistema, es el control de los hechos o motivos determinantes que llevan a la administración a dictarlo, lo cual requiere el sustento fáctico real y su adecuada explicitación en la expresión de tales motivos de hecho.[88]

Por lo demás, el uso de una lengua foránea para describir la situación del país de origen por parte de la CONARE es incompatible con lo previsto en el art. 115 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que establece que "[e]n todos los actos del proceso se utilizará el idioma nacional," de aplicación supletoria de conformidad con lo previsto en el art. 106 del decreto reglamentario Nº 1759/72.

IV. Conclusiones

En este trabajo realizamos el análisis del procedimiento de determinación de la condición de refugiado en la *práctica*, no sólo en la ley, llevado a cabo por la CONARE.[89]

El mejoramiento de determinadas prácticas de la CONARE referidas a ciertas garantías mínimas que resguardan el principio del debido proceso legal en el procedimiento ordinario importará el fortalecimiento de dicho organismo[90] y el goce efectivo de los derechos de los solicitantes de refugio.

Concretamente, mejores prácticas de la CONARE determinarán mayores posibilidades de reconocer como refugiada a una persona verdaderamente necesitada de protección internacional.

[86] En general, se ha apuntado que "a veces los procedimientos de determinación de la condición de refugiado no tiene la suficiente calidad o no se basan en información oportuna y exacta del país de origen en que también se hayan tenido debidamente en cuenta la edad, género y la diversidad." (ACNUR, *Notas sobre Protección Internacional*, A/AC. 96/1053, 30-VI-08, párrafo 23.)

[87] Mucho más criticables son las decisiones adoptadas por el Ministerio del Interior ante los recursos jerárquicos presentados por los solicitantes, donde apreciamos en muchos casos que no se consignan las razones de hecho y de derecho que justifican su dictado.

[88] Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *op. cit.,* cap. IX, § 8, pp. IX-42-43; García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 30-32.

[89] Desde esta mirada, recomendamos la lectura de la investigación de ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva de Procedimientos de Asilo en determinados Estados Miembros de la Unión Europea en: ACNUR, *Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas*, 2010.

[90] Ver Plan de Acción de México "Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina," Ciudad de México, 16-XI-04, párrafo 2.2.

Sin embargo, expresamos nuestras mayores preocupaciones en la aplicación del *paralelo* procedimiento sumario a muchas solicitudes consideradas manifiestamente infundadas y abusivas o fraudulentas, pues constatamos serias falencias en el respeto a los derechos de los solicitantes de refugio y un fuerte quebrantamiento del principio de transparencia republicana.

Ciertamente, la falta de apego a las garantías del debido proceso legal en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado podrá determinar la declaración de nulidad de las decisiones denegatorias de las solicitudes de refugio por parte de los jueces.[91]

Es de esperar lo antes posible el correcto dictado de un procedimiento acelerado para solicitudes manifiestamente infundadas y abusivas que permita el ejercicio de los derechos de los solicitantes de refugio, y un examen adecuado y completo de la solicitud por parte de la autoridad decisoria.

[91] En el período 2009-2012 se promovieron las siguientes causas judiciales: 3 procesos de conocimiento en el año 2009, 24 procesos de conocimiento en el año 2010, 59 procesos de conocimiento —más 1 amparo por mora— en el año 2011, y 50 procesos de conocimiento —más 9 amparos y 1 amparo por mora— en el año 2012, según la información brindada por la Oficina de Asignación de Causas del fuero Contencioso Administrativo Federal.

Sección V

ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Capítulo XXIV: Gordillo, Agustín, *El contrato de crédito externo.*

Capítulo XXV: García Sanz, Agustín A. M., *Licitación Pública vs. Contratación Directa: ¿La batalla perdida?*

Capítulo XXVI: Gordillo, Agustín, *La mutación del contrato administrativo.*

Capítulo XXVII: Rejtman Farah, Mario, *Desencuentros entre la Corte Suprema y la administración pública en materia de contrataciones administrativas.*

Capítulo XXVIII: Héctor A. Mairal, *Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos).*

Capítulo XXIX: Miravé, María Patricia, *La conformación participada de los pliegos y su impacto en las contrataciones del estado nacional.*

Capítulo XXIV

EL CONTRATO DE CRÉDITO EXTERNO

Por Agustín Gordillo

Sumario

I. *Empréstito público y contrato de crédito externo* 417
1. El empréstito público en general 417
2. El empréstito público de los países desarrollados y en vías de desarrollo 419
3. El contrato de empréstito público como contrato de adhesión "al" Estado y el contrato de crédito externo como contrato de adhesión "del" Estado al inversionista 420
4. El contrato de crédito sometido al derecho extranjero 420
5. Insuficiencia del crédito interno 421
6. Contrato de crédito externo "público" y "privado" 422
6.1. Diferencias de encuadre teórico 422
6.2. Similitud real entre el crédito externo "público" o "privado" 423
7. Reflexiones de política económica y política jurídica 424
8. El sistema de control 428

II. *Régimen jurídico particular* 428
9. Lugar de celebración y de ejecución del contrato: Un país extranjero ... 428
9.1. Derecho civil nacional 429
9.2. Derecho procesal nacional 429
9.3. Derecho internacional privado. Los tratados de Montevideo 430
10. La inaplicabilidad de la regla "*par in parem non habet imperium*" 430
11. La "inmunidad soberana" 432
12. Normas jurídicas y prácticas bancarias internacionales 434
12.1. Prioridades 434
12.2. Examen de la situación política 434

12.3. Aprobación del contrato 435
12.4. Desembolsos: Oportunidad de hacerlos 435
12.5. Venta de los títulos a inversionistas privados 435
12.6. Requisitos técnicos 436
12.7. Recaudos bancarios comerciales 436
12.8. Privilegios del Banco 436
12.9. Dictámenes exigidos 436
13. Control de divisas respecto del cumplimiento de la deuda 437
14. Arbitraje 437
15. Las variantes formales de contratación. Recapitulación 438
16. La autorización, legislativa 439
16.1. Derecho latinoamericano. La autorización previa 439
16.2. Aprobación posterior 440
16.3. Conclusión 440
17. La aprobación del Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas 440
18. Dictámenes sobre la validez del contrato 441
19. Exenciones impositivos. Su fundamento legislativo 441
20. Requisitos estatutarios de los entes nacionales intervinientes 442

Capítulo XXIV

EL CONTRATO DE CRÉDITO EXTERNO[1]

Por Agustín Gordillo

I. Empréstito público y contrato de crédito externo

1. *El empréstito público en general*

La relación económica en virtud de la cual el Estado recibe dinero de terceros, creándose un vínculo de deudor y acreedor, ha sido históricamente encarada en el mundo jurídico de manera diversa. Concepciones tradicionales la ubican como un poder del Estado[2] o como una obligación unilateral contraída por el Estado, cuya fuente inmediata es la ley y no la voluntad de las partes contratantes.[3] Con todo,

[1] Versión inalterada del artículo del mismo nombre originalmente publicado en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, número 97, pp. 423-449; reproducido en el libro *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226; y en *Después de la reforma de estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IV.

[2] El sostenedor más conspicuo de la teoría fue Drago, Luis Maria, *Los empréstitos del Estado y la política internacional,* Buenos Aires, 1907, p. 251, que la inició con la nota del Gobierno argentino del 29 de diciembre de 1902, con motivo del bloqueo militar a Venezuela por parte de países extranjeros, por falta de pago de obligaciones contraídas. Drago llegó incluso a sostener que el Estado emisor del empréstito puede a su discreción atender o suspender el pago de la deuda, sin que quepa acción judicial alguna a los acreedores, por tratarse de actos de soberanía. Entre otros se ha adherido a su opinión Diez, Manuel María, *Derecho administrativo,* t. III, Buenos Aires, 1967, p. 178.

Para una evolución histórica de la deuda pública, véase Nitti, F. S., *Principes de science des finances,* París, 1904, pp. 650 y ss. Más antiguamente se trataba más bien de operaciones entre el monarca o gobernante y algún rico mercader, compañía de comercio o banco privado, regido por el derecho privado. Véase Groves, Harold M., *Finanzas públicas,* México, 1965, p. 793. A esta época pertenece la crítica liberal al endeudamiento de los Estados: Véase Smith, Adam, *Wealth of Nations,* Nueva York, 1957, p. 372.

[3] Fonrouge, Giuliani, *Derecho financiero,* t. II, Buenos Aires, 1970, pp. 898 y ss.; Ingroso, Gustavo, *Diritto finanziario,* Nápoles, 1956, p. 682. Comparar Grizioti, Benvenuto, *Primi elementi di scienza della finance,* Milán, 1962, p. 231; *Principios de política, derecho y ciencia de la hacienda,* Madrid, 1935, pp. 400 y ss. Comparar también Falzone, Guido, *Le obbligazioni dello Stato,* Milán, 1960, pp. 138 y 139; Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo,* t. II, Montevideo, 1959, p. 127.

prevalece la idea de que se trata de un contrato, y, preferentemente, un contrato de derecho público, al cual se denomina "empréstito público."[4] Algunos autores retoman para este contrato de derecho público varias de las prerrogativas clásicas del poder del Estado, entre ellas, significativamente, la facultad del Estado de modificar el régimen jurídico del empréstito con posterioridad a su emisión.[5]

Así planteada la cuestión, no ha de llamar demasiado la atención que el elemento "confianza," que se destaca como un dato importante tenido en cuenta por el acreedor,[6] esté destinado a sufrir un embate frente a principios tales como la alegada imposibilidad de ejecutar al Estado, cuestión ésta debatida en muchos países;[7] o la necesidad de cumplir trámites administrativos, a veces largos, previos a la iniciación de un juicio contra el Estado;[8] o la simple complejidad y lentitud del proceso administrativo.[9] "Sólo sabiendo que el Estado puede cumplir sus compromisos y «quiere» hacerlo es que las personas le prestan dinero."[10]

La doctrina tampoco contribuye a dar esa "confianza" al acreedor, y así es como puede leerse que las características de este contrato serían: "1ª Que el deudor puede no estar obligado a devolver al acreedor la cantidad prestada. 2ª El acreedor carece de procedimiento para obligar al deudor a que cumpla sus obligaciones."[11]

[4] DUVERGER, MAURICE, *Hacienda Publica,* Barcelona, 1968, p. 113; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo,* t. II, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 437; ATALIBA, GERALDO, *Empréstitos públicos e seu régime juridico,* Sao Paulo, 1973, pp. 19-20 y sus referencias; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité théorique et pratique des controls administratifs,* t. I, París, 1956, p. 121 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo,* vol. II, Madrid, 1971, 4ª ed., p. 87; RIVERO, JEAN, *Droit administratif,* París, 1970, 4ª ed., p. 104.

[5] TROTOBÁS, LOUIS, *Précis de science et législation financiéres*, París, 1950, p. 414. Comparar DUVERGER, *op. cit.*, p. 114, que lo considera un contrato de adhesión del acreedor al deudor. Como veremos, la realidad es exactamente la inversa.

[6] ATALIBA, *op. cit.,* pp. 20 y ss. Respecto a la "confianza" en los gobiernos de "izquierda" y de "derecha," véase DUVERGER, *op. cit.,* pp. 125 y ss. En general, los autores destacan el elemento "confianza," por ejemplo, FALZONE, *op. cit.,* p. 137.

[7] ATALIBA, *op. cit.,* p. 21; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo,* t. I, Buenos Aires, 1974, reimpresión, 1977, cap. I. Véase también WADE , H. W. E., *Administrative Law,* Oxford, Inglaterra, 1977, 4ª ed., pp. 662 y ss.; WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act,* Nueva York, 1957, pp. 7-10; STREET, H., *Governmental Liability,* Cambridge, Gran Bretaña, 1953, pp. 182 y ss.

[8] El caso del Decreto-ley 19.549/72, que sustituye en lo pertinente el articulo 1° y concordantes de la ley 3952. Véase nuestro artículo "El reclamo administrativo previo," en *ED*, t. 89, pp. 777 y ss., 1980.

[9] Al cual, se sostiene, debe recurrirse en esta materia. Véase, por ejemplo. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo,* t. III-B, Buenos Aires, 1970, pp. 661 y ss., p. 676: ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos,* v. II, Buenos Aires, 1979, p. 606; la solución jurisprudencial, en cambio, ha sido en la Argentina que se trata de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos,* 138: 37; 143: 175; 149: 226 y 243; 151: 59; 178: 418, etc.

[10] ATALIBA, *op. cit.*, p. 23. A su vez como dice GRIZIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 401: "Ciertamente no se debe tener demasiada confianza en el patriotismo de los capitalistas, y los empréstitos de más importancia son los que corresponden al interés de los capitalistas para suscribirlos."

[11] FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *Los contratos administrativos,* Madrid, 1927, p. 288. La doctrina más reciente, en cambio, busca enfatizar mayores derechos y estabilidad para el inversor, por ejemplo, MARIENHOFF, *op. cit.,* p. 674; ESCOLA, *op. cit.*, pp. 596 y ss.

En similar sentido se destaca, en Uruguay, que debe tenerse presente "la inexistencia de procedimientos coercitivos de ejecución contra el Estado deudor."[12]

Ahora bien, todo esto "disminuye el crédito (del país), pues equivale a hacerlo insolvente, mediante ese privilegio aparente, y con eventuales insolventes, los contratos suelen ser más onerosos...,"[13] o, como sucede ahora, cambian de régimen aplicable.

2. *El empréstito público de los países desarrollados y en vías de desarrollo*

Si dejamos de lado el caso del llamado "empréstito forzoso," que en realidad es una manifestación del poder tributario del Estado antes que una operación crediticia,[14] y nos limitamos al empréstito voluntario, es obvio que su ubicación en el campo del derecho público se torna, pues, conflictiva con el elemento "confianza" del acreedor, habida cuenta de las prerrogativas que el derecho público interno de cada país otorga al Estado. La cuestión deriva entonces en la actualidad al campo de las relaciones económicas internacionales: Si un país desarrollado emite un empréstito público bajo el régimen de su derecho público interno es posible que encuentre tomadores del crédito; si un país otorga al Estado. La cuestión deriva entonces en la actualidad éxito en la gestión. Países hay que han hecho honor en el pasado a sus obligaciones, llegando incluso, como en el caso de Inglaterra, a garantizar el crédito y la percepción de los intereses por los acreedores, incluso aunque se produjera una guerra con la nación a la cual ellos pertenecen;[15] también hay países que debieron garantizar especialmente el préstamo[16] cuando carecían del elemento "confianza" de parte de los acreedores. El crédito externo es así usualmente más riguroso para el deudor que el crédito interno.[17]

[12] Sayagués Laso, *op. cit.,* p. 127.

[13] Bielsa, *op. cit.,* pp. 442 y 443.

[14] Ataliba , *op. cit.*, pp. 68 y 69; Duverger, *op. cit.,* pp. 113 y 114; Edgard Alix, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française,* París, 1907, p. 509.

[15] Ley del 1 de agosto de 1851, artículo 15. Es la práctica inglesa desde 1802, según explica Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos,* Madrid, 1927, p. 293.

[16] Como es el caso del contrato hecho por España con la casa Rotschild el 20 de mayo de 1870 y el del contrato aprobado por la ley del 30 de agosto de 1896, en que España daba en garantía las minas de Almacén; en otros casos se dieron como garantía las rentas de Aduanas, o de Tabacos, etc. Véase Fernández de Velasco, *op. cit.,* p. 292.

También se adoptaron medidas similares con Egipto en 1880: Turquía en 1891; Serbia y Grecia en 1898, etc. Como dice Van der Borght, *Hacienda pública,* Barcelona, 1929, p. 178: "Estas medidas representan una profunda intervención en el régimen económico de los Estados correspondientes, y solamente se ponen en vigor con respecto a los Estados débiles." También en los tiempos modernos de tanto en tanto se conocen casos de países que deben dar garantías especiales: Caución de sus reservas de oro, etc.

[17] La diferencia entre la deuda pública interna y externa es muy importante en términos económicos y políticos; mientras que la primera prácticamente no tiene significación, la segunda es ciertamente una carga. Lerner, A. P., "The Burden of the National Debt," en *Public Finance*, dirigidos por Houghton, R. W., Londres, 1970, p. 300.

3. *El contrato de empréstito público como contrato de adhesión "al" Estado y el contrato de crédito externo como contrato de adhesión "del" Estado al inversionista*

El contrato de "adhesión" que el país en desarrollo propone a los inversionistas no encuentra siempre "adherentes:" El capital no conoce de "patriotismo."[18] Y por lo demás no se trata siquiera de su propio país. Entonces los términos pueden invertirse: Es el que está dispuesto a otorgar el crédito al país que lo requiere, el que a veces fija las condiciones jurídicas del crédito, que se constituye también como contrato de adhesión, pero no ya a favor del Estado deudor, sino a favor del ente u organismo acreedor. Esta es la práctica corriente que viven los países en vías de desarrollo, muy, similar a la situación de los gobernantes empobrecidos de dos siglos atrás, frente a ricos banqueros, comerciantes o empresas.[19]

4. *El contrato de crédito sometido al derecho extranjero*

En el presente trabajo analizaremos este fenómeno, que deja virtualmente de lado los principios que informaran a las instituciones del derecho financiero y administrativo clásico. El contrato no se regirá por su derecho público interno, ni podrá ya en vigor llamársele verazmente "empréstito público," pues esta frase evoca precisamente aquellos principios de derecho público que no le serán en los hechos aplicables. Aparece entonces en el marco jurídico internacional el contrato de crédito externo, sometido a un régimen propio, que se ubica entre el derecho internacional público y privado, y se conjuga con el derecho privado interno de los países desarrollados, sede habitual de los organismos o consorcios que actuarán en calidad de prestamistas. Es, en suma, un contrato del Estado sometido a un derecho extranjero al país deudor, lo cual escapa por completo a las previsiones y conceptos teóricos de los juristas habituados al régimen del derecho público interno de sus respectivos países en vías de desarrollo.

No se trata de una realidad necesariamente grata, pero tampoco con ignorarla se la corrige: Pensamos que una contribución a su superación puede eventualmente ser la explicación de cómo funciona en la práctica contemporánea de los países latinoamericanos. En esta materia ha existido mucho ocultamiento de parte de las administraciones que conciertan las operaciones de crédito, y sabemos de más de un gobierno constitucional o *de facto,* que teniendo en sus enunciados programáticos una enfática denuncia de este tipo de operaciones, las concertó de todos modos a través de sus funcionarios. En tales casos los gobernantes revisaron de hecho la política pregonada, pero no anunciaron la nueva política.

[18] Véase la irónica reflexión de Griziotti, *supra,* nota 10.

[19] Véase *supra* nota 1 y sus referencias. Quizá las reflexiones de Adam Smith respecto del crédito gubernamental, en su época, recobren vivida actualidad en estos momentos y para nuestro caso.

5. *Insuficiencia del crédito interno*

La realidad del contrato de crédito externo no ha nacido casualmente: Una de las primeras circunstancias que lleva a aquella situación es la insuficiencia tanto de capitales internos como, en consecuencia, de la disponibilidad del crédito público interno.[20]

Para obras públicas de magnitud, se torna de importancia fundamental aquella circunstancia señalada por HAMSON: "La insuficiencia del capital, una característica casi definitoria de países subdesarrollados," que es la que lleva a que "económicamente, por lo tanto, la primera tarea es encontrar las fuentes de formación de capital."[21] Las fuentes del capital deben distinguirse según el financiamiento que se busque sea interno o externo, público o privado.

En el caso del financiamiento interno, parece poco probable que el crédito privado pueda ser suficiente para solventar grandes obras públicas; en cuanto al crédito público, él no puede hallarse por la vía de los bancos provinciales, cuyas cartas orgánicas, por lo general, suelen tener cláusulas prohibitivas de la efectivización de créditos a los entes estatales nacionales, provinciales o municipales. Igual prohibición encontramos en el Banco de la Nación Argentina,[22] aunque puede conceder créditos a las sociedades mixtas y empresas comerciales o industriales del Estado, en las condiciones que su carta orgánica especifica. El Banco Nacional de Desarrollo (ex Banco Industrial de la República Argentina) podría aparentemente contribuir al financiamiento de obras, ya que en su caso la carta orgánica no contiene norma alguna prohibitiva, sino que, por el contrario, confiere como objetivo principal el financiamiento de "obras de infraestructura."[23] Pero, claro está, su capital es inadecuado a esos fines.[24] Por su parte, las empresas públicas generalmente adolecen de una deficiente estructura financiera y no cuentan por ello con recursos propios para atender a las necesidades de su expansión, debido

[20] Sobre las causas y consecuencias de la carencia de crédito público interno en la Argentina, puede verse FORINO, SABATINO A., *El desarrollo económico y la política fiscal,* Buenos Aires, 1966, pp. 182-186.

[21] HAMSON A. H., *Public Enterprise and Economic Development,* Londres, 1959, p. 24. Otro autor habla del "desfinanciamiento crónico del presupuesto," debido a "cierto grado de inflexibilidad automática del sistema de financiamiento," además del carácter regresivo e ineficiente del sistema tributario. "En suma, el desequilibrio del presupuesto en América Latina no es consecuencia de una concepción teórica aceptada sino que es un fenómeno "inducido" por la dependencia económica del exterior, por factores estructurales del sistema fiscal interno y por el escaso desarrollo de las fuerzas productivas nacionales." MARTNER, GONZALO, *Planificación y presupuesto por programas,* México, 1987, pp. 33 y 34.

[22] Decreto-ley 13129/57, art. 18, inciso *a*).

[23] Decreto-ley 19063/71, de 28 de mayo de 1971, B. O. de 18 de julio de 1971, art. 2°, inc. *a*).

[24] Ello, unido a que la política del Banco, tanto bajo su actual denominación como la anterior de "Banco Industrial de la República Argentina," estuvo siempre orientada al apoyo y financiamiento a la industria privada, y no al financiamiento de la empresa pública, problema éste que dejó librado al Tesoro nacional en forma directa y, en consecuencia al crédito externo. Solamente el Banco Nacional de Desarrollo ha intervenido en diversas operaciones de crédito externo de empresas públicas nacionales, actuando como avalista o garante de la operación.

en parte a decisiones de política económica del gobierno central, en el sentido de que los usuarios no costeen íntegramente el servicio y su crecimiento.[25]

6. *Contrato de crédito externo "público" y "privado"*

6.1. *Diferencias de encuadre teórico*

Para el caso de que el crédito interno privado o público no resulte suficiente o no esté disponible para el financiamiento estatal, corresponde entonces analizar la situación del crédito externo, desde el punto de vista jurídico. También aquí puede en el plano teórico distinguirse según el crédito sea público o privado, en el sentido de si los convenios que lo originan pertenecen a una u otra rama del Derecho. Si el contrato es privado, el derecho aplicable es el derecho internacional privado, mientras que si el contrato es público se torna de aplicación el derecho público.[26] La distinción entre crédito público y privado, que no se suele hacer en otros contratos del Estado,[27] se hace entonces en el caso de los contratos de crédito o empréstito, por aplicación del derecho internacional consuetudinario, público y privado.

El contrato es público, y con ello se aplica el derecho internacional público, cuando el empréstito se realiza con una entidad pública internacional o con otro Estado. El segundo caso es poco común, ya que cuando un Estado oficialmente otorga créditos a otros Estados, suele hacerlo a través de institutos descentralizados, como es el caso del Instituto de Crédito para la Reconstrucción, de Alemania (*Kreditanstalt für die Wiederaufbau*), y además otorga el crédito generalmente a un ente descentralizado del Estado que recibe el financiamiento, con lo cual, en la interpretación vigente, también cae dentro de la órbita del derecho internacional privado y del derecho privado pertinente.[28]

Cuando el empréstito se realiza con una entidad pública internacional, cabe distinguir según el Estado se halle o no adherido por la ley al convenio de creación de la entidad internacional. En el primer caso ya la ley de adhesión implica una aceptación, cuya constitucionalidad no ha sido hasta el presente puesta firmemente en duda, de las cláusulas que el acta constitutiva contiene, entre las que figuran las relativas al otorgamiento y régimen de los créditos a conceder por el organismo a los Estados miembros. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el

[25] Véase JARACH, DINO, *Estudio sobre las finanzas argentinas,* Buenos Aires, Depalma, 1961, pp. 45-46; FORINO, *op. cit.,* pp. 186-189. En lo que hace al régimen jurídico de las empresas públicas véase GORDILLO, *Empresas del Estado,* Buenos Aires, Macchi, 1966.

[26] PTN, *Dictámenes,* 103: 191, 193 vuelta y 194.

[27] Véase nuestro *Derecho administrativo de la economía,* Buenos Aires, 1967, cap. XVI, en lo referente al derecho público interno; también nuestro artículo "Los contratos administrativos," cap. I del libro de la AADA *Contratos administrativos. Regímenes de pago y actualización,* Buenos Aires, 1977.

[28] PTN, *Dictámenes,* 83: 76; 103: 311 de 1962, en que se trataba de un crédito del *Kreditanstalt für die Wiederaufbau a la Comisión Nacional de la Energía Atómica.*

caso del Banco Interamericano de Desarrollo, cuyo convenio entró en vigencia en la Argentina el 30 de diciembre de 1959, y fue aprobado por la Ley 14.843.[29] Los contratos celebrados por el Estado nacional con el BID han sido considerados regidos por el llamado derecho de gentes o derecho internacional público,[30] aunque sus cláusulas son las comunes en materia de crédito externo.

6.2. *Similitud real entre el crédito externo "público" o "privado"*

Ahora bien, desde un punto de vista práctico, la experiencia recogida en los últimos años demuestra que en el plano jurídico no hay diferencias sustanciales para la posición del país que recibe el crédito, según que el mismo se rija por el derecho internacional público o privado. En el primer caso, la interpretación constitucional usual es que se requiere la autorización legislativa para contraer el empréstito, aunque ésta se entiende dada genérica y explícitamente al adherirse el Estado miembro al organismo internacional,[31] o surge de las leyes anuales de presupuesto,[32] en la medida en que facultan a recurrir al crédito externo para cubrir las necesidades del presupuesto si los recursos ordinarios no son suficientes para ello.

En lo que hace a las condiciones y régimen de los contratos, ley aplicable, jurisdicción, eventual arbitraje, etc., todo ello ha sido estatuido por la práctica crediticia de los organismos pertinentes. Es necesario en este aspecto, para comprender cabalmente cómo se ha planteado el problema, colocarse en la óptica del organismo, público o privado, que otorga el crédito: Éste quiere títulos de crédito que sean fácilmente negociables, para poder mover su capital, refinanciar el crédito, transferirlo, etc.; y para ello necesita que el régimen jurídico de esos títulos de crédito sea tanto más seguro cuanto sea posible, en lo que hace a su exigibilidad efectiva.[33] De allí que se introduzcan en los contratos de crédito

[29] B.O. del 3 de octubre de 1959 y ADLA XIX-A, p. 94 y ss.

[30] PTN, *Dictámenes,* 82: 279-280.

[31] Como es el caso de la Argentina en el Banco Interamericano de Desarrollo, ley 14843; PTN, *Dictámenes,* 82: 279-280.

[32] Así como las leyes o decretos-leyes 17.579, 17.883, 18.952, etc. En el segundo caso indicado se trataba de una ley especial para el convenio. También puede mencionarse el artículo 33 de la ley complementaria permanente del presupuesto, 16.911, ADLA, XXVI-B, p. 781. Véase la autorización genérica de la ley 16.432, art. 48, B.O. del 13 de enero de 1962; ley núm. 14.794, art. 11, B. O. del 21 de enero de 1959. Véase también el artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según la reforma introducida por el Decreto-ley 22.434/81.

[33] Tampoco están ajenas consideraciones de otra índole, pues como dice Rosenstein-Rodan, las sospechas de ataduras políticas podrían "desaparecer" si la ayuda fuera prestada por una agencia multinacional antes que nacional (extranjera), "pero aún una organización internacional no está necesariamente por encima de la sospecha de influencias políticas trabajando dentro de ella." Véase Rosenstein-Rodan, "The Consortia Technique," en el libro *Foreign Aid*, editado por Jagdish Bhagwati y Richard S. Eckaus, Londres, 1970, p. 224. Esta "sospecha," desde luego, se aplica a todos los organismos internacionales, en mayor o menor medida. A su vez, cabe destacar que más de cuatro quintos de la ayuda internacional es otorgada por acuerdos bilaterales, con lo cual la significación de la ayuda multilateral es reducida; las naciones desarrolladas no están inclinadas

modalidades operativas que aunque no surgen de normas de derecho positivo, emergen, en cambio, de usos y costumbres o exigencias de los organismos de crédito, para enmarcar y encuadrar el crédito dentro del derecho internacional público o privado, de modo tal que aquella exigibilidad efectiva del título del crédito no se vea afectada.

La finalidad buscada por la parte que otorga el préstamo, pues, es siempre la misma, cualquiera sea el régimen jurídico dentro del cual vaya a caer el contrato, y, por lo tanto, los rasgos esenciales de éste se han tornado similares a través del tiempo, en la medida en que los Estados en vías de desarrollo han necesitado recurrir al crédito externo y han tenido que ajustarse a las cláusulas impuestas por el organismo crediticio, so pena de no recibir el crédito requerido. Esas cláusulas impuestas en las tratativas por el organismo de crédito, a su vez, se han ubicado en el marco normativo nacional a través de distintas modalidades que se verán a lo largo de este trabajo, las que en general tienden a proteger la situación jurídica del organismo crediticio, y a no otorgar privilegios al organismo nacional que recibe el préstamo. Esta modalidad operativa de los organismos de crédito extranjeros, públicos o privados, ha caracterizado el régimen de los créditos otorgados por ellos a los países en vías de desarrollo, y mientras el régimen de relaciones económicas y de poder internacional no varíe, difícilmente cambiará por si sólo el régimen jurídico que se ha tornado aplicable a dichos préstamos. Los diversos recaudos jurídicos han sido formalmente cubiertos, cada vez más perfeccionadamente, en el otorgamiento de los créditos, satisfaciéndose así simultáneamente las normas jurídicas nacionales y las normas jurídicas internacionales, en el plano formal, sin perjuicio de la observación relativa a la conveniencia o inconveniencia política y económica de acudir al préstamo internacional en las circunstancias que exponemos.

7. *Reflexiones de política económica y política jurídica*

Es necesario además hacer otras reflexiones: *a*) Por un lado, está el aspecto de la necesidad que los gobiernos suelen sentir o interpretar, de obtener financiamiento externo, en las condiciones económicas del mercado internacional de capitales; *b*) por otro lado, están las consideraciones políticas sobre el papel que desempeña el país en el concierto de las naciones cuando recurre al crédito externo en las condiciones en que éste es brindado. En este aspecto puede recordarse la preocupación de un autor que expresa "La oposición a los empréstitos extranjeros se funda en motivos políticos porque la experiencia histórica indica que más de una vez fueron utilizados como instrumento de dominio... Este peligro se disminuye

a canalizar toda su ayuda externa a través de una organización internacional. (*Op. loc. cit.*) Por el conjunto de las circunstancias señaladas, Rosenstein-Rodan propone la idea de "ayuda bilateral dentro de un programa multilateral" (p. 225), pero ello no modifica en nada el sistema institucional del financiamiento, como estamos mostrando en el texto.

considerablemente cuando el país acreedor no es una potencia política internacional. Económicamente es indudable que los empréstitos externos desempeñan una función productiva muy importante, más aún que los empréstitos internos, por cuanto estos últimos sólo significan una traslación de poder de compra en el mercado interno pero no agregan nuevos capitales a los factores de la producción, como ocurre con los empréstitos extranjeros."[34] En esa doble preocupación, de obtener el capital externo, pero hacerlo de modo tal que los intereses del país no sufran detrimento, está el *quid* económico-político de la cuestión. Cada gobierno debe determinar si necesita o no, y en qué medida, del crédito externo y negociar tan bien como pueda o quiera cuáles son las condiciones en que pedirá o recibirá la ayuda exterior, o rechazar la influencia exterior sí de eso se trata.[35] Cada caso debe considerarse en su tiempo y lugar, y negociarse si así corresponde: Desde el punto de vista positivo cada gobierno puede celebrar un contrato de préstamo en la Argentina, pagadero en la Argentina, sujeto a las leyes argentinas y a los tribunales argentinos... si los tomadores existen. Pero si no encuentra en el mercado internacional de capitales aquellos que estén dispuestos a venir en tales condiciones, entonces puede no pedir el crédito, no aceptarlo, o comenzar a negociar. La experiencia prueba que habitualmente se intenta negociar, y que el primer punto que interesa al inversionista es la seguridad de su inversión; seguridad que al parecer sólo considera dada cuando la ley y la jurisdicción del convenio es otra que la del deudor. Hay de por medio una cuestión de confianza al país y/o gobierno que lo dirige: A mayor confianza, mayor predisposición podrá haber de inversionistas extranjeros en tomar empréstitos sujetos a la legislación y jurisdicción local; a menor confianza, mayor exigencia de que la jurisdicción y la ley sean otras. En los últimos años se han firmado convenios de préstamos cuyo lugar de ejecución era Alemania, Canadá, Francia, Estados Unidos, Japón, etc.: En cada caso, obviamente, el lugar fue de hecho exigido por el consorcio[36] que efectuaba el préstamo; la variedad de países, que no se agota en la enumeración antedicha, demuestra, a su vez, que no se trata de confianza en un determinado país como sede del contrato, sino más bien de desconfianza en la jurisdicción y legislación del país deudor.

[34] CAPLAN BENEDICTO, *Finanzas públicas,* Buenos Aires, Oresme, 1955, pp. 339 y 340.

[35] Lo cual lleva al plano nacional el problema individual de la "libertad de la necesidad:" Sobre esto último véase TREVES, GIUSEPPINO, "El «Estado de bienestar» en el «Estado de Derecho»," en *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1959, tomo XVIII, p. 5; nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio,* Buenos Aires, Macchi, 1973. p. 233; *Introducción al derecho de la planificación,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981, p. 22 y ss.; *Tratado de derecho administrativo,* t. 1, Buenos Aires, Macchi, 1974, reimpresión, 1977, cap. III, § 18 y ss.

[36] Para otros aspectos de la "técnica del consorcio," últimamente dominante, véase ROSENSTEIN-RODAN, *op. loc. cit.* Dado que la gran mayoría de los créditos que no provienen de organismos públicos internacionales (BID, etc.), son otorgados por consorcios de bancos de una amplia gama de países, incluyendo bancos oficiales de países no desarrollados, queda más desdibujado aún el país predominante en posición de acreedor.

Fruto de esa desconfianza son, precisamente, las exigencias de que haya un dictamen de los más altos organismos de asesoramiento letrado del país deudor, expresando que el contrato es válido y se han cumplido todos los requisitos legales y constitucionales: Es para seguridad del inversor y del título de crédito que se emite. Quizá por ello la intervención de tales organismos ha pasado a tener, a veces, un carácter más rutinario y en lugar de reproducir los debates de anteriores pronunciamientos se limitan a dar una fórmula genérica de aprobación. Incluso se dan situaciones en algunos países de América Latina en las cuales el organismo de asesoramiento emite el dictamen favorable para entregar el acreedor, pero por separado hace conocer al Poder Ejecutivo sus dudas sobre la validez del convenio, o recomienda su aprobación por ley. Y también a veces el propio Poder Ejecutivo es el que pide especialmente el dictamen favorable, por serle imprescindible, a su juicio, el financiamiento externo que está a punto de obtener o finiquitar.

La misma preocupación la han tenido países más desarrollados. Así, por ejemplo, GUNNAR MYRDAL recomienda determinadas reglas de política económica para la formación de fondos a corto plazo y empréstitos extraordinarios, las que sugiere deben tener "el carácter de ley, e incluyo de ley fundamental."[37] Otros autores opinan más desfavorablemente de las inversiones privadas extranjeras que de las inversiones extranjeras públicas,[38] concluyendo en que "se ha tratado de paliar estos inconvenientes de diversos modos, especialmente asociando fondos de origen privado a prestamos que adoptan la forma de préstamos públicos, puesto que son concedidos a los gobiernos por organismos internacionales."[39]

Con todo, ocurre que el otorgamiento del crédito por un organismo internacional, como pueda ser el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el Export-Import Bank, etc., debe realizarse casi siempre de acuerdo a las pautas que fija la carta orgánica o estatuto constitutivo del organismo respectivo. En el caso del BID, por ejemplo, el convenio constitutivo fija la oficina principal en Washington (art. XIV, sección 1), con lo cual queda determinado el domicilio del que otorga el préstamo y consecuentemente su lugar de operaciones. A su vez, las decisiones del Directorio del Banco "se inspirarán únicamente en consideraciones económicas" [art. VIII, sec. 5, apart. *f*), *in fine*], y las condiciones de los préstamos se fijarán "tomando en cuenta el interés de

[37] MYRDAL, GUNNAR, *Los efectos económicos de la política fiscal,* Barcelona, Aguilar, 1962, p. 166. También hay autores que hacen un juicio más categórico, por ejemplo VAN DER BORGHT, *Hacienda pública,* Barcelona, 1929, p. 165: "... se producen determinadas relaciones con las potencias capitalistas extranjeras, que, cuando se trata de Estados, pueden tener como consecuencia, en algunas circunstancias, una desventajosa dependencia del extranjero en el orden político." "La realización de préstamos del Estado en el extranjero puede ser considerada, en un momento dado como síntoma de debilidad financiera y económica." (*Op. cit.,* p. 165.)

[38] BARRERE, ALAIN, *Política financiera,* Barcelona, Editorial Luis Miracle, S. A., 1963, pp. 594-598.

[39] BARRERE, *op. cit.,* p. 598. Para un punto de vista diverso, véase NURKSE, RAGNAR, *Problemas de formación de capital,* México, Fondo de Cultura Económica, 1963, 3ª ed., p. 142 y ss.

los países miembros directamente relacionados con la solicitud particular de préstamo o garantía, así como el interés de los miembros en general" [art. III, sec. 8; apart. *b*)]. Y es evidente que las consideraciones económicas que hacen al interés de los miembros en general se vinculan principalmente a la seguridad del capital que cada uno de ellos ha invertido en la corporación internacional; de allí se desprende que el criterio de los directivos del Banco no puede ser otro que el de otorgar a sus préstamos el máximo posible de garantías de cumplimiento. Entre ellas está, indudablemente, la referida a que el juez y la ley aplicables al contrato no sean precisamente las del país que pide el préstamo, sino, preferiblemente, la de un país desinteresado de la operación del deudor, con estabilidad legislativa y jurisdiccional. El propio país deudor no siempre evitará querer modificar unilateralmente los términos de su compromiso, y ello sólo lo puede hacer si su propia legislación y jurisdicción le son aplicables; en cambio, si el contrato se rige por otra legislación y jurisdicción, no tiene otro camino que cumplir con lo pactado, renegociar la deuda o buscar alguna otra salida convencional que satisfaga a los acreedores.[40]

Por ello es que en el plano jurídico formal no resulta, en definitiva, existir profunda diferencia entre un contrato celebrado bajo el marco del derecho internacional público o del derecho internacional privado. Un convenio celebrado entre dos países, o entre un país y un organismo internacional, podría caer dentro del ámbito del derecho público,[41] pero si el propio país que otorga el préstamo, o el organismo internacional que lo hace, actúa por intermedio de un ente descentralizado (el caso del *Kredilanstalt für die Wiederaufbau* de Alemania), y otorga el crédito no al gobierno, sino a otros entes descentralizados, bajo el aval de un tercer ente descentralizado, entonces el argumento de la inmunidad soberana ya no puede esgrimirse, a menos que se recurra a una teoría similar a la del "descorrimiento del velo" en el derecho privado. Con todo, esa argumentación podrán recibirla con simpatía solamente los tribunales nacionales o al menos los tribunales de otros países también en vías de desarrollo: Los tribunales de los países desarrollados tendrán mayor interés en el respeto y cumplimiento a las obligaciones formalmente pactadas, y no se inclinarán a receptar argumentos o teorías que impliquen negar validez a un contrato que de acuerdo a su derecho interno no adolece de vicios sustanciales que torne en nula la deuda contraída en dicho país bajo su legislación y jurisdicción.

[40] Lo cual, a su vez, entraña otros riesgos: Véase BURATO, ALFREDO. *Manual de finanzas públicas*, Buenos Aires, 1967, p. 255. Cuando el Estado tiene que negociar o renegociar su deuda externa, es inevitable que tenga que contestar preguntas y ofrecer soluciones para otros problemas internos que se encuentren pendientes y en los cuales estén interesados los acreedores.

[41] PTN, *Dictámenes,* 103: 191, 193 vuelta y 194.

8. *El sistema de control*

Con lo expuesto volvemos al punto de partida: Que no es por la vía de elucubraciones jurídicas, o de argumentaciones constitucionales, por las cuales se obtendrán resultados prácticos en esta materia. Veremos a lo largo de este trabajo cómo las argumentaciones normativas que puedan esgrimirse y se han esgrimido en el pasado no han sido ni serán tampoco eficaces en el futuro, casi seguramente, para modificar el funcionamiento del mecanismo internacional actual del crédito externo. Quienes, en el plano interno, consideren inadecuado al sistema o la modalidad normativa bajo la cual opera el crédito obtenido por el país, habrán entonces de preocuparse por otros mecanismos de solución. Hemos sostenido ya que la cuestión central está en elaborar un modo eficaz de controlar a la administración pública,[42] puesto que si los controles internos fracasan, tardíos son después los lamentos sobre el régimen jurídico de los actos que han escapado al control. El sistema de los contratos de crédito externo no es, en este aspecto, sino un ejemplo más de cómo el énfasis normativo ha probado ser inadecuado para satisfacer las aspiraciones de un moderno control de la administración pública. El problema no radica en la organización o funcionamiento de tal o cual órgano existente de control, ni en la emisión o ausencia de tal o cual norma sustantiva de derecho, sino en los métodos y órganos inexistentes de control, en las falencias del control como sistema: Qué puede hacerse en la materia, lo hemos dicho ya en otra parte.[43]

II. Régimen jurídico particular

9. *Lugar de celebración y de ejecución del contrato: Un país extranjero*

La modalidad operativa de estos contratos y las cláusulas que además se les incorporan explican su encuadre jurídico en derecho internacional. Lo usual es que el contrato se celebre en el país donde tiene su sede la o las entidades

[42] Nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina,* Madrid, Civitas, 1981. Para algunos aspectos y problemas parciales, véanse nuestros trabajos "Participation in State and Non State Public Administration in Latin America," presentado al seminario *Law in the Design and Administration of Strategies of Alternative Development,* Universidad de Warwick, Coventry, Inglaterra, 1980; nuestro artículo "Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina," en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, volumen XLVII-1981, Bruselas, 1981, Nº 2, pp. 126-132; nuestro trabajo y ponencia sobre "Tribunales administrativos," presentados al *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981. Son éstas algunas de las muchas cosas que pueden hacerse por mejorar el control de la administración pública, que resumimos en el libro citado en primer lugar, y es por ellas por donde a nuestro juicio corresponde encaminar nuestras preocupaciones. El presente trabajo intenta demostrar, en el caso concreto, la insuficiencia a estos efectos del sistema tradicional.

[43] Nuestro libro *Problemas del control de le administración pública en América Latina,* Madrid, Civitas, 1981.

crediticias,[44] por intermedio del embajador acreditado ante dicho país,[45] o de un representante especialmente designado al efecto. En el primer caso ello es legalmente posible, pues aunque se trata de una entidad descentralizada, ella integra la administración nacional, de la cual es jefe el Poder Ejecutivo (art. 86, inciso 1° de la Constitución), y es representada en el extranjero por los integrantes del Servicio Exterior, del cual forman parte los embajadores a tales efectos.[46] En consecuencia de ello se puede fijar como domicilio a los efectos del contrato la sede de la embajada argentina en el país que otorga el crédito;[47] los títulos se emiten en el mismo lugar, el crédito es también efectivizado allí en una cuenta abierta a nombre del Banco Central Argentino en su carácter de agente financiero del gobierno argentino; tales títulos son pagaderos en dicho lugar de celebración del contrato.

9.1. *Derecho civil nacional*

Como conclusión de ello, la ley de aplicación es la del lugar de ejecución y de celebración del contrato, y consecuentemente la jurisdicción aplicable es la del lugar. Así resulta de los artículos 1210, 1215 y 1216 del Código Civil, en cuanto al derecho nacional de fondo.[48]

9.2. *Derecho procesal nacional*

En materia procesal, la misma solución se funda en el hecho de tratarse de acciones de naturaleza procesal. El CPCC de la Nación declara competentes para acciones personales en primer lugar a los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación (art. 5°, inciso 3°), por lo que también por dicha razón son competentes los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación, inclusive aunque el deudor no tenga su domicilio allí (arg. arts. 1215 y 1216 del Código Civil) y se encuentre "aunque sea accidentalmente" en el lugar. (CPCC, art. 5°, inc. 3 *in fine*.)

[44] Banco o consorcio de bancos, generalmente. En estos casos, por lo general un Banco determinado asume el rol de organizador del consorcio, y será su propio domicilio el que resultará entonces elegido como lugar de celebración y ejecución del contrato.

[45] Así en el caso dictaminado por la PTN, *Dictámenes*, 110: 183 y 109: 311. Lo lógico, en efecto, es utilizar el servicio exterior de la Nación, y no enviar representantes especiales a un acto que es meramente formal.

[46] *Dictámenes,* 110: 383; ley 17.702, B. O. 18-V-68, art. 16, inc. *a*).

[47] Así en el caso de *Dictámenes,* 103: 191. La fijación de domicilio no alcanza a constituir lugar de celebración del contrato, y no se vincula por ello con el principio de la extraterritorialidad del lugar de la embajada.

[48] Art. 1.216: "Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar de cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí."

9.3. *Derecho internacional privado. Los tratados de Montevideo*

A su vez, el derecho internacional procesal privado, por ejemplo de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, art. 56, expresa que en materia de acciones personales son competentes los tribunales de aquel país cuyo derecho resulta aplicable a la materia controvertida. De igual modo, a la inversa, es doctrina común que la sumisión a los tribunales de un país lleva implícito el sometimiento a la ley que estos tribunales aplican, de acuerdo a la regla *Qui eligit iudicem eligit ius.*[49]

10. *La inaplicabilidad de la regla* "par in parem non habet imperium"

Por ello, como afirma GOLDSCHMIDT,[50] la improrrogabilidad de la jurisdicción nacional con respecto a la extranjera supone su exclusividad, mientras que a la inversa nada obsta a que la prórroga se disponga si aquélla es concurrente, o ni siquiera existente,[51] tal el caso de los arts. 1215 y 1216 del Código Civil argentino, cuando el contrato de préstamo se celebra en el exterior, los títulos de crédito se emiten en el mismo lugar, el crédito se otorga y abona allí, y la obligación es también exigible allí.[52]

Esta sumisión a los tribunales y al derecho externo es así válida de acuerdo al derecho nacional, cuando el contrato se celebra en las condiciones expuestas, lo que, por lo demás, constituye una exigencia de las entidades que efectúan los préstamos.

Es en virtud de ello que se comprende en el derecho extranjero y nacional la validez normal —prescindiendo de valoraciones políticas o económicas— de cláusulas tales como que el avalista usualmente exigido —el Banco Nacional de Desarrollo, antes Banco Industrial de la República Argentina—... "está generalmente sujeto a la acción judicial y que ni él ni sus bienes gozan de derecho de inmunidad con respecto a juicio o procedimiento legal por razones de inmunidad basada en soberanía o por cualquier otro motivo; y, en la medida en que el garante o sus bienes gocen o en adelante puedan adquirir dicho derecho de inmunidad ya sea con respecto a la jurisdicción o formalización, el garante por la presente renuncia irrevocablemente a dicho derecho con respecto a sus obligaciones en virtud de esta garantía."

De esta manera, haciendo avalar la operación a una entidad descentralizada del Estado, se soslaya el planteo de la soberanía del Estado, y celebrando y ejecutando el contrato en el exterior, se introduce la validez formal de las demás

[49] WOLFF, MARTÍN, *Private International Law,* Oxford University Press, 1945, Nº 419; PTN, *Dictámenes,* 93: 158 y 238. (Vuelta.)

[50] GOLDSCHMIDT, WERNER, "Derecho internacional procesal en el nuevo código procesal civil y comercial," *ED*, t. 19, p. 853.

[51] GOLDSCHMIDT, *op. loc. cit.*

[52] "Siguiendo esta opinión, si el lugar de cumplimiento del mutuo se encuentra en el extranjero, la jurisdicción argentina es sólo concurrente (art. 1216 del Código Civil) y nada se opone, por ende, a que las partes se sometan a jueces o árbitros del extranjero." PTN, *Dictámenes,* 110: 167, 169.

cláusulas bancarias usuales en este tipo de operaciones: *a*) Aceptación expresa de la jurisdicción de los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación; *b*) dictamen en que conste que lo convenido en los pagarés es válido de acuerdo a las leyes de la República y que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción es válida; *c*) aceptación de otras cláusulas punitorias para caso de incumplimiento.

De esta forma también resulta obviada la objeción que puede emerger del principio de igualdad de los Estados, tratándose de contratos regidos por el derecho internacional público, casos en los cuales, además, la aceptación del Convenio Constitutivo de la entidad crediticia, por ley nacional, elimina adicionalmente otras objeciones. (El caso del BID.) La regla *par in parem non habet imperium*, es decir, que ningún Estado puede pretender ejercer jurisdicción sobre otro, a menos que se someta voluntariamente a ella,[53] ha quedado así, tradicionalmente, salvada. Por lo demás, es regla que la inmunidad de los Estados no alcanza a los entes autárquicos del Estado,[54] a menos que se los demande conjuntamente por haber actuado el ente autárquico en nombre de la Nación,[55] pero en tales casos la Nación contesta la demanda oponiéndose por la vía diplomática, sin presentarse al juicio, para que no se pueda interpretar que la sola comparencia ante el tribunal implica una sumisión al mismo, aunque se la haga al solo efecto de protestar contra su jurisdicción.[56] Claro está, la no contestación de la demanda por parte de la Nación, y su presentación por la sola vía diplomática[57] puede solucionar el problema de ella como país soberano, pero no el problema presentado el ente autárquico deudor o garante de la operación. Como se ha dicho ya en oportunidades anteriores, en tales casos "mi media probabilidad razonable de que los tribunales (extranjeros) concedan al Banco Industrial de la República Argentina la inmunidad jurisdiccional."[58]

[53] OPPENHEIM, *International Law*, Londres, Longmans, Green and Company, 1953, 7ª ed., § 115, *a*), p. 239 y ss.

[54] RIEZLER ERWIN, *Internationales Zivilprozessrecht,* Tübingen, Gruyter-Mohr, 1949, p. 404. Véase también *infra,* punto 3.

[55] ERWIN, *op. loc. cit.*

[56] Así en el derecho norteamericano. Véase *Restatement of the Law of the Conflict of Laws,* American Law Institute Publishers, St. Paul, 1934, p. 124.

[57] El Estado extranjero no tiene que comparecer en los estrados judiciales argentinos; es suficiente que declare al Ministerio argentino de Relaciones Exteriores... que no admite la jurisdicción argentina para que el juez argentino no dé lugar a la demanda." (PTN, *Dictámenes,* 82: 203, 205.) Con ello se invoca el principio de reciprocidad y se pide el mismo tratamiento del otro Estado, uniendo así el principio de reciprocidad a las reglas del derecho internacional público consuetudinario acerca de la exención de jurisdicciones extranjeras.

[58] PTN, *Dictámenes,* 112: 409, 410. Desde luego, esto surge de que hay además normas legislativas que consagran el principio decreto-ley 20.461/73, B. O. 14 de junio de 1973, luego mantenido en el decreto-ley 22.434/81, artículo 1° del CPCC de la Nación, Tampoco puede esgrimirse la posible inconstitucionalidad de la norma legislativa, cuando el contrato ha sido celebrado y ejecutado en el exterior; distinto sería el caso, desde luego, si estuviéramos ante un contrato destinado a ser ejecutado en el país.

11. *La "inmunidad soberana"*

Otro de los problemas concretos que debe ser analizado en relación a este tipo de contratos de crédito es el relativo a la demandabilidad del Estado, ya mencionada, que podría oponerse como valla a la percepción del crédito por el acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

Sin perjuicio de que la doctrina moderna por lo general no acepta la tesis de la "inmunidad" del Estado a juicio, considerándola un resabio de épocas monárquicas,[59] debe observarse que el argumento no puede de todas maneras plantearse en cualquier oportunidad procesal, sobre todo si el asunto ha de hacerse valer ante estrados extranjeros.

En el derecho interno prevalece la opinión de que debe considerarse superado este privilegio de origen monárquico, que impediría a los particulares obtener protección judicial ante los estrados nacionales contra los actos del propio gobierno. En el derecho internacional, en cambio, la regla de la inmunidad soberana es por lo general admitida, pero con el alcance de que un *Estado* no puede ser sometido contra su voluntad a los tribunales de otro Estado. Con todo, hay autores y precedentes jurisprudenciales en favor de admitir la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, cuando se estima que el Estado extranjero ha actuado bajo un régimen de derecho privado: "El Estado puede contratar en este carácter y al hacerlo se coloca en la situación de un deudor ordinario;"[60] "Si él renuncia a su prerrogativa soberana al efectuar el contrato, no la puede reclamar para sustraerse a la ejecución de sus obligaciones."[61]

También se han aceptado principios favorables a la jurisdicción extranjera en casos relativos a barcos, por ejemplo en la Convención diplomática de Bruselas de 1926, con la excepción de los buques de guerra, buques hospitales, de sanidad, y algunos casos más.[62] Lo mismo ocurre especialmente, según ya vimos, en el caso de las entidades descentralizadas del Estado, habiéndose llegado en algún caso a dictar normas expresas al efecto. En el caso del Banco de la Nación Argentina ya citado, el Decreto-ley 20461/1973 dispuso: "Facúltese al Banco de la Nación Argentina a no oponer[63] la exención jurisdiccional cuando actúe en países extran-

[59] La evolución de este principio en el derecho argentino la expusimos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., pp. 477, 481. Véase también DOMÍNGUEZ, ALBERTO, "El problema de la responsabilidad del Estado," en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, t. VIII, Rosario, 1948, p. 95 y ss. En Estados Unidos el problema también se ha superado, como explica WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act,* Nueva York, 1957, pp. 7, 10; para Inglaterra y Europa continental véase STREET H., *Governmental liability*, Cambridge, Gran Bretaña, 1953, p. 182 y ss.; WADE, H. R. W., *Administrative Law,* Oxford, Inglaterra, 1977, 4ª ed., p. 862 y ss.

[60] RUIZ MORENO, ISIDORO, *El derecho internacional público ante la Corte Suprema,* Buenos Aires, Eudeba, 1970, p. 90.

[61] MERIGHNAC, *Traité de droit public international,* t. I, París, 1905, p. 460 y ss; RUIZ MORENO, ISIDORO, *op. cit.,* p. 90.

[62] Véase RUIZ MORENO, ISIDORO, *op. cit.*, p. 92.

[63] Y por lo tanto a renunciar *ex ante* a oponer.

jeros, realizando actos comerciales como persona de derecho privado."[64] Entre los fundamentos de la medida se señalaba, precisamente, la finalidad de actuar en el extranjero a través de representaciones y sucursales, a cuyo efecto "resulta no sólo necesario sino también ineludible que el banco declare, en cuanto actúe en la esfera del derecho privado, que no pretenderá oponer la exención de jurisdicción de los tribunales extranjeros de los países donde actúe."[65] De ahí en general el sistema de que los entes descentralizados del Estado no resulten alcanzados en el derecho internacional por la regla de inmunidad de jurisdicción de los Estados.

Muchas veces se ha dudado de la constitucionalidad del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero,[66] aunque la Corte Suprema argentina ha admitido que ello es admisible cuando resulta de una disposición legal expresa, en el caso de entes autárquicos;[67] pero la cuestión inevitablemente está destinada a plantearse en estrados judiciales extranjeros, toda vez que el contrato haya sido suscrito en el extranjero y sea para ser cumplido en el extranjero.

También se hace notar, desde otro ángulo, que "no es posible desconocer que el crédito extranjero de nuestras entidades autárquicas puede sufrir detrimento, si ellas invocan sistemáticamente la exención de la jurisdicción extranjera por la vía diplomática,"[68] lo cual puede tener graves consecuencias en el caso de entidades cuyo giro comercial o industrial las obliga necesariamente a operar en el exterior (Aerolíneas Argentinas, Elma, YPF, etc.), necesitando, como es lógico, del crédito local. Y si se acepta que una entidad descentralizada "X" pueda a través de una agencia en el exterior contratar créditos locales —que serán, respecto del país del cual emerge la entidad, extranjeros—, los cuales a su vez serán exigibles y se regirán por la ley y la jurisdicción del lugar de celebración y de ejecución, entonces se advierte que no existe argumento jurídico formal en virtud del cual negar que igual operación pueda llevarla a cabo la entidad descentralizada "Y."

Los problemas jurídicos son en la práctica, en consecuencia, similares tanto si el origen del capital es de carácter público internacional, como privado extranjero. Pueden diferir las variantes políticas y económicas del crédito,[69] pero difícilmente variará su régimen normativo. Por una u otra argumentación, por una u otra vía,

[64] B. O. del 14 de junio de 1973, pp. 7 y 8.

[65] Decreto-ley 20461/73 considerado tercero del mensaje de elevación.

[66] Por ejemplo el dictamen del 25 de junio de 1973 del entonces Procurador del Tesoro de la Nación, que constituye una excepción a la jurisprudencia administrativa de dicho organismo.

[67] CSJN, *Fallos,* 254: 500, 504, caso *La República v. Banco de la Nación Argentina*, 1962, considerando 2, a contrario. Este mismo fallo es invocado por el dictamen citado en la nota anterior, pero en apoyo de la tesis de la inconstitucionalidad del sometimiento a tribunales extranjeros.

[68] Dictamen de la Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores copiado en PTN, *Dictámenes,* 74: 336, 336. (Vuelta.)

[69] Como también se puede discutir si lo que ha de fomentarse no es el financiamiento externo, sino la inversión o el comercio externo: Véase UMBREIT, MYRON H., HUNT, ELGIN F. y KINTER, CHARLES V., *Economía. Principios y problemas,* Buenos Aires, 1959, p. 544 y ss. Sobre el papel de la inversión privada extranjera en América Latina véase también PREBISCH, RAÚL, *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano,* México, FCE, 1963, pp. 64-68.

se llega siempre a las mismas conclusiones en cuanto a la posibilidad de pactar el arbitraje extranjero, al otorgamiento de exenciones impositivas, la renuncia a otro fuero o jurisdicción que el del lugar de cumplimiento de la obligación, a la fijación de la ley aplicable como la ley del lugar de ejecución del contrato, etc.

Esa es también la formulación que recoge el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 1° según la reforma del Decreto-ley 22434/1981, expresa que podrá admitirse la prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, en asuntos exclusivamente patrimoniales.

12. *Normas jurídicas y prácticas bancarias internacionales*

Las normas jurídicas internacionales difieren en su fuente, pero no en su resultado práctico, según emerjan de créditos otorgados por instituciones públicas internacionales, o por organismos privados de crédito. En el caso del Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo, es de interés recordar que financió y financia inversiones de múltiples empresas públicas latinoamericanas.

12.1. *Prioridades*

Este organismo de crédito y también el Banco Mundial consideraron para la Argentina de interés prioritario las inversiones de energía;[70] el Banco Mundial otorgó en 1961 y 1967 créditos a empresas del Estado argentinas, para obras de infraestructura hidroeléctrica.[71] En general, los créditos se otorgan de acuerdo a las prioridades fijadas por las respectivas instituciones crediticias, y no por los países miembros que solicitan el crédito.

12.2. *Examen de la situación política*

Asimismo, en el informe "El Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional y la Asociación Internacional de Fomento. Sus normas y operaciones," se expresa que la práctica del Banco recomienda la realización de conversaciones exploratorias oficiosas, antes que los países presenten oficialmente una solicitud de préstamo (p. 52), y que "de la investigación inicial debe formar parte también un examen de la situación política en cuanto ésta pueda afectar la seguridad del préstamo propuesto" (p. 54), como así también un examen detallado de las propuestas del prestatario relativas a la dirección y gestión administrativa del proyecto. (P. 55.)

[70] *El Banco Mundial en la América Latina, Resumen de sus actividades,* julio de 1961, p. 9: "Habrá... que proveer a una ampliación y mejoramiento en las facilidades de energía y de transportes. En el estado en que se encuentran actualmente constituyen obstáculos mayores al desarrollo económico."

[71] Edición de abril de 1962, biblioteca del CFI, 02411, B 11n.

12.3. *Aprobación del contrato*

Una vez que se ha llegado a un acuerdo sobre los términos y condiciones de la operación, se someten a los Directores Ejecutivos para su aprobación los contratos de préstamos y garantía, con toda la documentación conexa. (P. 57.) Luego de aprobados, siguen los trámites internos de cada país para la respectiva aprobación por el Poder Ejecutivo o el Congreso.

12.4. *Desembolsos: Oportunidad de hacerlos*

El Banco efectúa los desembolsos contra entrega de documentos en forma satisfactoria... Las pruebas que se exigen son las usuales en la práctica bancaria corriente." (P. 58.) Se exigen además dictámenes jurídicos a satisfacción del Banco que aseguren la constitucionalidad y legalidad del contrato.

12.5. *Venta de los títulos a inversionistas privados*

Por su lado, el Banco a veces vende a inversionistas privados parte de los títulos de préstamo obtenidos de los prestatarios en relación a los créditos concedidos. (P. 104.) Los títulos vendidos pueden serlo con o sin garantía adicional del Banco, habiendo prevalecido en los últimos años la tendencia a venderlos sin tal garantía adicional (p. 104), razón por la cual se torna más necesario para el Banco asegurar la negociabilidad y seguridad de los títulos de crédito que obtiene por los préstamos que otorga. A menor seguridad jurídica de los títulos, lógicamente corresponderá una mayor dificultad de colocación de ellos en inversionistas privados. Quizá por esta razón es criticable la reciente práctica del Banco de no respaldar los títulos que emiten sus países miembros.

De cualquier modo, "El documento en que constan es el título que garantiza la existencia de la relación, y la posesión del mismo vale como título y crea la presunción *juris tántum* de que el poseedor es el dueño. Resulta así que los títulos son representativos de un derecho de crédito, y, a su vez, constituyen objeto de propiedad, que, por lo tanto, puede ser enajenado, dado en prenda, etc., como elemento sobre que recae la disciplina jurídica de la propiedad en cosas muebles"[72] o más exactamente, de títulos-valores crediticios. En este punto también encontramos una apreciable diferencia entre este tipo de contrato y el clásico empréstito público, en el cual fue típico en muchos países emitir títulos nominativos, e incluso crear un Libro de deudas del Estado (*Grand Livre de la Dette Publique,* en Francia, instituido en 1793), en el cual se registran obligatoriamente los títulos y sus traslados. Este sistema tiene ventajas en cuanto asegura contra pérdida o robo del título, pero limita la negociabilidad de los mismos.[73]

[72] FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos.* Madrid, 1927, p 298.
[73] Véase y comparar VAN DER BORGHT, *Hacienda Pública,* Barcelona, 1929, p. 167 y ss.

12.6. *Requisitos técnicos*

Va de suyo, por supuesto, que también deben satisfacer los requisitos técnicos que cada institución crediticia internacional exige para el proyecto mismo a financiarse.[74] Muchos de los pedidos de crédito fracasan inicialmente por la carencia de rigor técnico a satisfacción del Banco.

12.7. *Recaudos bancarios comerciales*

Si bien el régimen político es interno de cada país y no concierne en cuanto tal al organismo de crédito,[75] sí puede importar si afecta la seguridad del crédito,[76] razón por la cual se enfatizan todos los recaudos jurídicos usuales en la práctica comercial bancaria; dicho de otra manera, la situación interna de un país puede llevar a que se extremen los cuidados en materia de cumplimiento de todos los recaudos bancarios de índole comercial y legal formal. Del mismo modo, lo relativo a los países que expropian sin adecuada compensación escapa "en principio" al análisis que efectúa el organismo de crédito internacional, aunque en ocasiones el Banco "puede advertir a los miembros que no adopten políticas que la comunidad internacional pudiere considerar que afectan su solvencia."[77] Como se advierte, el régimen político-económico afecta en definitiva al crédito externo del país.[78]

12.8. *Privilegios del Banco*

A veces las normas emergen de la propia acta o convenio constitutivo del ente, como ocurre con el Banco Interamericano de Desarrollo, aprobada por Argentina por la ley 14.843. De acuerdo al Convenio, el Banco tiene personalidad jurídica (artículo XI, sección 4), sus archivos son inviolables (artículo XI, sección 5), su personal disfruta de inmunidades y privilegios (artículo XI, sección 8), y sus operaciones tienen exenciones tributarias. (Artículo XI, sección 9.)

12.9. *Dictámenes exigidos*

El Banco últimamente mencionado, por ejemplo, incluye en algunos de sus contratos la exigencia, para la efectividad del otorgamiento del crédito, de "Que el

[74] Por ejemplo, International Bank for Reconstruction and Development, *Present Worth Calculation of Projects,* junio 5, 1967, biblioteca del CFI, G. 3353, B 11; Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Instituto de Desarrollo Económico, *Criterios de inversión y evaluación de proyectos*, biblioteca del CFI, L. 31 B 11: *Cien preguntas y respuestas sobre el Banco Mundial,* mayo de 1970, Biblioteca del CFI, 0241, B 11, 100, etc.

[75] *Cien preguntas y respuestas sobre el Banco Mundial, op. cit.,* p. 15.

[76] *El Banco Mundial, la CFI y la AIF. Sus normas y operaciones, op. cit.,* p. 54.

[77] *Cien preguntas y respuestas sobre el Banco Mundial, op. cit.,* p. 15.

[78] También afecta las tasas de interés y en general las cláusulas contractuales a incluirse, cuando se trata de bancos privados o consorcios de bancos, en lugar de organismos internacionales de crédito. Y éste es otra vez un tema fundamental que ningún organismo de control de legalidad fiscaliza, lo cual nos lleva una vez más a lo dicho en el punto 8 de la primera parte de este trabajo; ver también las referencias y remisiones allí efectuadas en la nota 41.

Banco haya recibido del Procurador del Tesoro de la Nación un informe jurídico en que quede establecido a entera satisfacción del Banco la validez de dicho convenio," "Que el Banco haya recibido del Procurador del Tesoro de la Nación un informe jurídico en que quede establecido (i) que el garante ha cumplido todos los requisitos necesarios según las leyes y reglamentos de Argentina para celebrar el Contrato de Garantía o para ratificarlo, si fuere el caso, y (ii) que las obligaciones establecidas en el Contrato de Garantía constituyan un vínculo válido para el garante cuyo cumplimiento puede serle exigido en su oportunidad."[79]

13. *Control de divisas respecto del cumplimiento de la deuda*

En el caso de cláusulas tendientes a proteger al garante contra un eventual control de divisas, para querer evitar que tal control obstaculice el cumplimiento de las obligaciones contraídas, se ha entendido que no hay reparo alguno que observar a aquéllas, "toda vez que la Nación de ningún modo podría impedir válidamente el cumplimiento de sus obligaciones internacionales por medio de su propia legislación futura."[80]

De todas maneras, la cuestión del lugar de celebración y ejecución del contrato sigue siendo determinante. En este sentido puede recordarse el procedimiento seguido por España a fines del siglo pasado y comienzos del presente, en que muchos títulos de la deuda pública se encontraban en propiedad de súbditos extranjeros, que a su vez los habían sellado ("estampillado") en el país de residencia. En tales casos se resolvió que el título era pagadero en la moneda del país en el cual el título había sido sellado y, en consecuencia, elegido como lugar de pago.[81] En nuestro caso, dado que el título se emite en el exterior, la Nación deudora no puede obviamente hacer nada en el plano jurídico para alterar el sistema cambiario imperante en el país en el cual se emite el título.

14. *Arbitraje*

El Convenio Constitutivo del BID, artículo XIII, sección 2ª, prevé el arbitraje para la resolución de controversias, y si en un contrato de préstamo se incluyera la cláusula de arbitraje, se ha sostenido que ello otorga el laudo arbitral "mérito ejecutivo." Sin embargo, dentro del territorio de la nación el laudo no tiene fuerza ejecutoria directa, toda vez que los árbitros, si bien tienen la *cognitio* del asunto,

[79] Más aún, en muchos contratos de crédito externo el acreedor requiere también que el contrato sea publicado en el "Boletín Oficial de la Nación," como garantía de publicidad de la operación. Y a veces la publicación hasta reproduce el modelo de dictamen (!) que se supone debe emitir el asesor legal del Banco Nacional de Desarrollo como garante, y de la entidad descentralizada que requiere el crédito, como es el caso del convenio de préstamo publicado en el B.O. del 9 de febrero de 1976, pp. 6 y 7.

[80] PTN, *Dictámenes,* 82: 282.

[81] Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos,* Madrid, 1927, p. 295.

carecen, no obstante, de *impérium.*[82] En consecuencia, son los jueces nacionales los que tienen la potestad exclusiva de ejecutar o hacer ejecutar el laudo, y si el laudo fuere contra la nación, "en este último aspecto debe considerarse lo convenido sobre el particular como una renuncia válida al carácter meramente declarativo de las sentencias que pudieran dictarse contra el Estado (Ley 3952, art. 7°). Ahora bien, en cuanto a los bienes de la nación sitos en el extranjero, habría que suponer que la nación renuncie de antemano a hacer valer su extraterritorialidad, lo que es admisible."[83]

En lo que se refiere a pactar la jurisdicción arbitral para los entes autárquicos, ya se ha establecido que las entidades descentralizadas del Estado pueden estar estatutariamente autorizadas para hacerlo, y que en caso de no estar ello previsto en los estatutos, puede suplirse por una autorización expresa para el caso concreto otorgada por el Poder Ejecutivo.[84] La autorización, con todo, sólo es necesaria si el arbitraje es substitutivo de jurisdicción nacional,[85] no así si es substitutivo de jurisdicción extranjera, siendo ésta procedente.[86] Por lo demás, la autorización de que se trata se otorga también simultáneamente con el decreto que autoriza el préstamo a todos los demás efectos mencionados.

15. *Las variantes formales de contratación. Recapitulación*

En conclusión de lo expuesto, los gobiernos tienen a su disposición en esta materia una gama de posibilidades jurídicas que van desde el contrato enteramente sujeto a la legislación y jurisdicción nacional, hasta el contrato enteramente sujeto a la legislación y jurisdicción extranjeras. La elección de uno u otro matiz de contratación dependerá como es obvio de su capacidad de negociación política y económica, de su grado de determinación en cuanto a no usar del crédito sino en determinadas condiciones y circunstancias, etc. Ningún esquema normativo ata al país para elegir una u otra forma de contratación; pero una vez elegida una —por ejemplo la más controvertida, sujeción a tribunales y a legislación extranjera— ya no cabe en los hechos volver atrás, respecto de ese contrato.[87] El cumplimiento de esas obligaciones será exigible tal como fue pactado, sin que pueda el país deudor modificar ni influir sobre la forma de interpretación o aplicación del contrato por el país elegido, a través de leyes, decretos o resoluciones posteriores del país deudor.

[82] Es ésta, desde luego, una solución clásica: ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal,* t. III, Buenos Aires, 1943, p. 833.

[83] PTN, *Dictámenes,* 82: 283.

[84] PTN, *Dictámenes,* 83: 76 (1962); 82: 282; 91: 115.

[85] PTN, *Dictámenes,* 82: 282.

[86] PTN, *Dictámenes,* 83: 76.

[87] De ahí que sea también importante cuál es el país donde se efectúa el préstamo, pues de acuerdo a ello variará su actitud frente a la ejecución de la operación.

Desde luego, va implícito en lo dicho que las modalidades de contratación son diferentes si nos encontramos ante un empréstito público, que lo emite en su territorio el propio Estado nacional y se rige entonces por el derecho público interno, o un contrato de crédito externo, que lo celebra una entidad descentralizada del Estado en el exterior para ser allí cumplido y juzgado por las normas y los tribunales del país de que se trate.

16. *La autorización, legislativa*

Se ha estimado, a través de algunos dictámenes, que si bien es conveniente la autorización legislativa, ella no es imprescindible, y puede ser suplida por una autorización por Decreto del Poder Ejecutivo nacional.[88] Pero esto es más bien excepcional: La regla es la necesidad de la autorización legislativa.[89]

Esta autorización legislativa, otorgada en forma concreta[90] para un determinado crédito, o en forma genérica para todos los créditos que sean necesarios para equilibrar el presupuesto anual, se ha otorgado en el pasado, por ejemplo, a través de la ley 14.794, de 1959, cuyo art. 11, refiriéndose al Poder Ejecutivo, dice: "... pudiendo realizar asimismo las operaciones de financiación transitoria que resulte necesaria, inclusive con el Banco Central de la República Argentina y demás instituciones bancarias oficiales mediante la utilización por éstas de fondos que obtengan de préstamos o colocaciones provenientes del exterior;" en igual sentido la ley 16.432, de 1962, art. 48; el decreto-ley 17.579, etc.

Estas leyes son dictadas por el Congreso en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución argentina en el art. 4° (decretar empréstitos y operaciones de crédito para urgencias de la nación o para empresas de utilidad nacional) y en el art. 67, inc. 3° (contraer empréstitos en dinero sobre el crédito de la nación) y 28. (Hacer todas las demás leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.)

16.1. *Derecho latinoamericano. La autorización previa*

La Constitución de Uruguay prevé entre las atribuciones del Poder Legislativo "Autorizar, a iniciativa del Poder Ejecutivo, la Deuda Pública Nacional, consolidarla, designar sus garantías y reglamentar el crédito público." (Inc. 6° del art. 85 de la Constitución de 1951.) En Venezuela, la Constitución de 1953 establece en su art. 108 que es facultad del Poder Ejecutivo "Negociar los empréstitos que decrete el Gobierno Nacional" (inc. 14°), "Celebrar contratos con acuerdo a las

[88] PTN, *Dictámenes,* 103: 191, 197; 113: 488, y otros.

[89] Bielsa, *op. cit.*, p. 439; Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 290; Díez, Manual Maria, *Derecho administrativo,* t. III, Buenos Aires, 1967, p. 179; Villagra Maffiodo, Salvador, *Principios de derecho administrativo,* Asunción, 1981, p. 220.

[90] Lo ideal en términos políticos y constitucionales es que el Poder Legislativo otorgue la autorización para cada caso particular pero usualmente lo que se concede es una autorización genérica.

leyes (inc. 15°), de lo cual se desprende también la necesidad de la autorización legislativa previa, particular o general.

La Constitución de Honduras prevé como atribución del Congreso, en el art. 188, inc. 31: "Decretar empréstitos," y "Reglamentar el pago de la deuda nacional, a iniciativa del Poder Ejecutivo." (Inc. 34.) La Constitución paraguaya dispone en su art. 76, inc. 3°, que es atribución de la Cámara de Representantes "Autorizar la contratación de empréstitos."[91]

16.2. *Aprobación posterior*

Algunos países contemplan la intervención legislativa no como un acto previo de autorización del contrato de crédito externo o empréstito público, sino como un acto posterior de aprobación del contrato celebrado por el Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, la Constitución de la República Dominicana de 1947 establece en su art. 33, inc. 21, que es facultad del Congreso "Aprobar o no los contratos que le someta el Presidente de la República en conformidad con el inciso lo del artículo 49;" el mencionado art. 49, a su vez, faculta al Poder Ejecutivo a "Celebrar contratos, sometiéndolos a la aprobación del Congreso Nacional cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales..., o al levantamiento de empréstitos." También en Bolivia se requiere la aprobación legislativa.[92]

La Constitución mejicana, por su parte, admite tanto un régimen de autorización o de aprobación legislativa, cuando en su art. 73, inc. VIII, faculta al Congreso "Para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos." El mismo inc. faculta en su parte final al Poder Ejecutivo a contratar empréstitos, en las condiciones de "emergencia" que declare el Poder Ejecutivo de acuerdo al art. 29 de la misma constitución.

16.3. *Conclusión*

En definitiva, la conclusión generalizada para América Latina es la necesidad de intervención legislativa, anterior o posterior según los casos, y en la primera hipótesis por vía de normas generales o de autorizaciones especiales.

17. *La aprobación del Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas*

Satisfecho el requerimiento de la autorización legislativa, aunque sea en forma genérica —cuya constitucionalidad no ha sido hasta ahora cuestionada exitosamente—, el siguiente requisito es la validez del Decreto del Poder Ejecutivo,[93] que además de satisfacer los requisitos constitucionales normales para la emisión de

[91] Véase VILLAGRA MAFFIODO, *op. loc. cit.*

[92] D'AVIS S., JULIO ALBERTO, *Curso de derecho administrativo,* La Paz, 1960, pp. 383 y 384.

[93] Quien concurre al formar el acto contractual (BIELSA, *op. cit.,* p. 441) o a aprobar el contrato celebrado *ad referéndum* suyo. Sobre el régimen de los actos *ad referéndum* ver nuestro *Tratado*

voluntad de los órganos presidencial y ministerial, debe también ser sometido al Tribunal de Cuentas de la Nación (Decreto-ley 23354/1956, art. 81), y *a*) resultar expresamente aprobado por dicho organismo de contratos, *b*) ser tácitamente aprobado, por el transcurso del plazo de sesenta días, que la Ley de Contabilidad establece, o *c*) en caso de formularse observación legal del Tribunal de Cuentas, haberse hecho insistencia por nuevo Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, debidamente comunicado al Congreso por el Tribunal de Cuentas. De cualquier modo, no tenemos noticia de observaciones que hubiera efectuado el Tribunal de Cuentas de la Nación a la validez de estos actos.

18. *Dictámenes sobre la validez del contrato*

Los organismos de asesoramiento jurídico nacionales han tenido un rol bastante fundamental en el otorgamiento de los créditos, pues uno de los requisitos usualmente exigidos por el acreedor es que el préstamo, tal como se ha pactado, cuente con el aval jurídico, a satisfacción del acreedor, de organismos de asesoramiento letrado de las entidades intervenientes y del Poder Ejecutivo. La razón de ser de esta exigencia del organismo de crédito tiene su origen en las posibles objeciones jurídicas que el país pueda más adelante oponer a la exigibilidad de los títulos emitidos en garantía del préstamo: Si ya sus organismos de asesoramiento letrado se expidieron en su oportunidad acerca de la validez y legitimidad del contrato de crédito, es obvio que son pocas las posibilidades que la entidad tiene que alegar luego exitosamente ante algún tribunal extranjero la posible invalidez del contrato. Por este motivo dicho dictamen es requisito habitualmente exigido por los bancos o consorcios de bancos, u organismos internacionales de crédito que otorgan créditos a los países en desarrollo.

19. *Exenciones impositivos. Su fundamento legislativo*

Cuando el crédito implica exenciones impositivas nacionales, lo cual es la norma en la materia, ellas, se rigen por el ordenamiento tributario vigente al momento del otorgamiento, el cual usualmente establece que la exención es procedente previa autorización o disposición del Poder Ejecutivo nacional.[94] Dictado el decreto que califica, por ejemplo, "de interés nacional" determinada inversión o crédito, éste se encuadra dentro de la exención impositiva pertinente. Esta calificación suele hacerse simultáneamente con la autorización para la firma del convenio, o con la ratificación o aprobación del mismo.

Si bien alguna doctrina ha entendido en el pasado que el otorgamiento de exenciones impositivas al contrato de crédito se entiende bajo la cláusula *rebus sic stántibus,* aunque nada se diga al respecto y aunque la exención se confiera

de derecho administrativo, *op. cit.*, t. 3, *El acto administrativo,* Buenos Aires, 1979, 3ª ed., cap. IX, punto 5.4 *in fine.*

[94] Por ejemplo, ley 15.273, art. 11.

por ley, con la consiguiente afirmación de que el propio Estado a través del Poder Legislativo puede luego dejar sin efecto la exención impositiva,[95] pensamos que se trata de una afirmación no ajustada al sistema constitucional, en lo que hace a la garantía de los derechos adquiridos. Por lo demás, es obvio que si el contrato se celebra y ejecuta en el extranjero, no puede el Estado deudor extranjero, a su vez, en el lugar del contrato, pretender ejercer un poder tributario inexistente por faltarle la primera condición de territorialidad en la cual ejercer su potestad.

20. *Requisitos estatutarios de los entes nacionales intervinientes*

En otros aspectos, se requiere satisfacer asimismo los recaudos estatutarios de los diversos entes que participan en la operación. Además de los requisitos del ente descentralizado que recibe el préstamo, hay que contemplar los de los estatutos de otros entes que participen como avalistas de la operación —como es el caso del Banco Nacional de Desarrollo,[96] y el Banco de la Nación Argentina—[97] o como agentes financieros del Estado nacional y a los efectos cambiarios, o sea, el Banco Central, en la República Argentina. En cada caso habrá que considerar si la operación está prevista en los estatutos, y si la resolución ha sido tomada por los órganos competentes y de acuerdo a los procedimientos establecidos. Por fin, el Banco Central de la República Argentina, como órgano máximo en materia cambiaria, puede también estatutariamente asumir compromisos de pago y transferencia en moneda extranjera, por decisión de su directorio, de acuerdo a la carta orgánica de la institución.

Con lo antes expuesto, sumando al dictamen favorable de los organismos de asesoramiento letrado, el Decreto del Poder Ejecutivo nacional y el visto bueno del Tribunal de Cuentas de la Nación, se cumplen todos los recaudos jurídicos formales previstos y establecidos para el otorgamiento de préstamos en el exterior a entidades descentralizadas nacionales.

[95] Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos,* Madrid, 1927, pp. 293 y 294.

[96] En lo que hace el Banco Nacional de Desarrollo o ex Banco Industrial de la República Argentina, puede asumir estatutariamente obligaciones como avalista o compromisos de garantía de pago y transferencia, según su carta orgánica. Así lo establecían ya sus normas anteriores, Decreto-ley 13.130, B. O. 29-X-57, ADLA XVII-A, p. 868 y ss., Decreto-ley 13.126, B. O. 29-X-57 y ADLA XVII-A, p. 845 y sus modificaciones. El Decreto-ley 19.063/71 también faculta al Banco para concertar "créditos de instituciones bancarias y financieras, locales o del exterior." [Art. 5°, inc. *e*) de la carta orgánica.]

[97] También el Banco de la Nación Argentina suele participar a veces como avalista de la operación de crédito, habiéndose interpretado que su carta orgánica, Decreto-ley 13.129/57, art. 18, inc. *a*), que prohíbe a la entidad otorgar créditos a la Nación, Provincias y Municipalidades, no impide prestar avales a entes autárquicos nacionales o provinciales, o entidades descentralizadas de otra índole pues se trata de simples servicios bancarios contemplados dentro del objeto de la institución.

Capítulo XXV

LICITACIÓN PÚBLICA V. CONTRATACIÓN DIRECTA: ¿LA BATALLA PERDIDA?

Por Agustín García Sanz

Sumario

1. Plata, va 446
2. Las palabras y las normas 447
3. Despertares 452
4. Res, non verba 453
5. La inflación del incumplimiento 456
   5.1. El análisis dinámico 456
   5.2. Corolarios 462
6. Las palabras y las cosas 465
   6.1. Los perversos incentivos del sistema 465
      6.1.1. Los tiempos de la licitación 466
      6.1.2. La publicidad, enemiga de la *Publicidad* 469
      6.1.3. Mejor malo conocido, que bueno por conocer 471
      6.1.4. El abuso de las excepciones 471
      6.1.5. Las alternativas extra-sistema 472
   6.2. Las palabras bajo la alfombra 472
7. Algunas reflexiones con final abierto 474

Capítulo XXV

LICITACIÓN PÚBLICA V. CONTRATACIÓN DIRECTA: ¿LA BATALLA PERDIDA?[1]

Por Agustín García Sanz

"To sin by silence when they should protest makes cowards of men." Abraham Lincoln

La ***licitación pública*** no es más —si es que alguna vez lo fue— la regla general en el sistema de compras y contrataciones del Estado nacional. Contrariamente a lo que puede suponer el lector desprevenido y aún alguno avezado que siga a pie juntillas lo que la norma dice en palabras, **la regla es la *contratación directa*, aun si para ello debe hacerse un poco de cosmética al momento de definir el procedimiento de selección del contratista**. No lo digo yo;[2] lo dicen los números que presentaré en este trabajo a partir de fuentes tan oficiales como su incumplimiento. Poco importaron los principios declamados; mucho menos lo dicho por la doctrina o la jurisprudencia. Los hechos se impusieron con sigilo. A romper ese silencio dedicaré los siguientes capítulos.

[1] Publicado originalmente en *RPA*, 2006-3, Buenos Aires, RAP, pp. 75-103.

[2] Aunque ya tuve ocasión de ocuparme de este tema hace unos años, en "Contratos administrativos: lenguaje y realidad," *LL,* 2004-C, 1535. Allí me refería a mi experiencia como funcionario en el sector público que sólo reproduzco aquí en la anécdota. También debe destacarse el reciente llamado de atención en este sentido de Mario Rejtman Farah en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral 2006, en su ponencia "La brecha existente entre el régimen de las contrataciones públicas y la realidad." Sobre el caso de la Provincia de Buenos Aires, se ha expresado Pulvirenti, Orlando D., "El Caso de la administración adicta y el síndrome de abstinencia (a raíz de los decretos Nro. 787/04, 1344/04, 2698/04 y Nro. 305/2005 de la Provincia de Buenos Aires)," *LL*, 2005-D, 1217. No son muchas las voces en este sentido.

1. *Plata, va*

El sistema de compras y contrataciones es el canal a través del cual gran parte de los recursos públicos se ponen en movimiento para satisfacer, al menos nominalmente, las finalidades de cada uno de los órganos del Estado. Es la función administrativa puesta en movimiento. Tiene como presupuesto la recaudación —que saldrá de nuestros bolsillos, coacción mediante— o el endeudamiento, que deberá ser afrontado de todos modos con recaudación.

Sólo en el año 2005, las órdenes de compra emitidas y comunicadas por las distintas jurisdicciones a la Oficina Nacional de Contrataciones ("ONC"), órgano rector del Sistema,[3] llegaron a sumar $ 1.771 millones.[4] Este dato es sólo un indicador de las dimensiones del problema que presentaré, ya que a ello deben sumarse las operaciones no informadas a la ONC y las compras y contrataciones realizadas por mecanismos que no requieren comunicación a ese órgano rector.[5]

Según lo establece el decreto delegado 1.023/01,[6] los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones son la razonabilidad del proyecto, la eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; la transparencia en los procedimientos; la publicidad y difusión de las actuaciones; la responsabilidad de los agentes y

[3] La ONC es el órgano rector del sistema de compras y contrataciones del Estado nacional, según lo dispone el artículo 23 del decreto 1.023/01. Se adoptó, al igual que lo hizo la Ley de Administración Financiera, el criterio de centralización de las políticas y de las normas, y de descentralización de la gestión operativa. Según la ONC lo informa en su página www.argentinacompra.gov.ar, participan del sistema 613 unidades. Entre ellas, 37 Universidades (143 Facultades); 99 servicios administrativos financieros de organismos de la administración central; 409 servicios administrativos financieros descentralizados; 60 empresas; y 16 proyectos con financiamiento externo. (Banco Mundial.) Tomando la cantidad de unidades que aportan datos al sistema, podemos decir que el promedio de órdenes de compra registradas por unidad es de $2,96 millones.

[4] Este número representa un 39,15% del presupuesto para gastos en bienes y servicios no personales, según Presupuesto Nacional para el año 2005. (4.1.2.2, Gastos Corrientes.) De cualquier modo, debe tomarse simplemente como un dato indicativo, ya que en otras partidas también se reflejan montos que terminan siendo gastados a través del sistema de compras y contrataciones.

[5] Están excluidos los contratos de empleo público, las compras por caja chica y los contratos celebrados con estados extranjeros, así como los comprendidos en operaciones de crédito público. (Artículo 5º, decreto 1.023/01.)

[6] Delegado en función de lo dispuesto por la ley 25.414, en una de las tantas emergencias argentinas.

funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones y la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.[7 y 8]

Cada uno de estos principios encuentra su reflejo nominal en alguna de las normas que rigen el sistema. Pero cuando algunos de ellos —por no decir todos— se violan sin por ello suscitar reacciones acaloradas, quienes encontramos en el Estado y su funcionamiento un objeto de estudio debemos prestar atención. Cuando esa violación es reflejada con total naturalidad, sin siquiera merecer una nota aclaratoria por parte de la ONC,[9] vemos hasta qué punto estamos anestesiados frente al incumplimiento. No se trata de una administración o de otra, como lo demostrarán los datos en este trabajo; ni siquiera es patrimonio exclusivo del Poder Ejecutivo: Se trata del Sistema.[10] Es mucho más grave.

2. *Las palabras y las normas*

Antes de avanzar en el estudio concreto de los datos, parece aconsejable recordar cuáles son las alternativas que ofrecen las normas para la selección del contratista. No se trata de hacer aquí un detalle pormenorizado. Basta, en este punto, con señalar las diferencias más relevantes de algunos de los procedimientos disponibles.

El decreto 1.023/01 nos ofrece un menú clásico de opciones, entre las que podemos mencionar a la licitación pública y a la privada; sus primos hermanos, los concursos públicos y privados; la contratación directa en sus distintas versiones y la subasta o remate público.

Como es sabido, la subasta y el remate están reservados en forma preponderante para aquellos casos en los que la administración busca deshacerse de algún bien.[11] Siendo este un trabajo dedicado a analizar las formas en las que el

[7] Para cerrar la enumeración de principios, el artículo 3º del decreto 1.023/01 termina afirmando que "[d]esde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden." También es importante tener presente las previsiones del artículo 1º del mismo decreto que establece: "El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad."

[8] La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759, esboza con matices estos principios en su artículo III, incisos 1 y 5.

[9] No confundir: No puedo más que celebrar la publicación de los datos a los que habré de referirme en este artículo. Sin la tarea de recopilación y sistematización que los funcionarios de la ONC han llevado adelante este artículo y lo que en él se dice no hubieran visto la luz. Lo grave es la falta de reacción frente al incumplimiento de las normas.

[10] Para entender la importancia de atacar los problemas de transparencia del Estado en forma sistémica, desde sus raíces, ver Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción*, en prensa y próximo a ver la luz como parte de la colección *Cuadernos Res Publica Argentina*.

[11] Si bien el decreto 1.023/01 prevé la utilización de las subasta para la compra —se la prefiere a la *contratación directa*— de bienes muebles (objetos de arte e históricos), inmuebles, semovientes,

Estado gasta dinero, las dejaré de lado por el momento. Otro tanto haré con los concursos en sus dos variantes, ya que se trata de procedimientos reglados en forma idéntica a las dos modalidades de licitación, con la salvedad de que en los concursos el foco para la selección del contratista está puesto primordialmente en factores no económicos, a diferencia de lo que ocurre con las licitaciones.[12] Me ocuparé, entonces, de estas últimas y de la contratación directa y sus variantes.

La primera diferencia que salta a la vista al analizar la reglamentación es, sin dudas, el monto que sirve de piso o de techo a la admisibilidad de cada modalidad. Es que el sistema se estructura a partir de un aumento gradual de las exigencias en materia de publicidad, trámite y cantidad de oferentes invitados, en función del monto presunto de la contratación (fijado sobre la base del justiprecio).[13] Así, para los procedimientos de entre $0 y $10.000, encontramos a la *contratación directa de trámite simplificado*;[14] para aquellos que van de $10.000 a $75.000 y cumplan con los supuestos del reglamento, la *contratación directa*; de $75.000 a $300.000, la licitación privada; de $300.000 en adelante, aquí sí, la licitación pública.[15]

Cabe aquí hacer una primera salvedad. La pauta limitativa de $75.000 para las contrataciones directas se aplica en tanto no se verifiquen los supuestos que la misma reglamentación habilita para realizar *contrataciones directas propiamente dichas*,[16] es decir, aquellas en las que no se realiza una compulsa de ofertas, sino que se asigna el contrato a un único oferente predeterminado. Si este fuera el caso, el límite de los $75.000 desaparece. Ello debiera ocurrir en casos contados. Sin embargo, el listado no es tan breve.

La *contratación directa propiamente dicha* aparece habilitada[17] para la realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a personas que sean las únicas que puedan llevarlas a cabo; la contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona, siempre y cuan-

ello es así sólo cuando es posible por el tipo de venta que realice el dueño de los bienes, según surge del artículo 25(a) del decreto 1.023/01.

[12] Esta diferenciación surge del artículo 25 del decreto 1.023/01.

[13] Según lo establece el artículo 22 del decreto 436/00, "[p]ara la elección del procedimiento de selección según el monto estimado del contrato […] se considerará el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas."

[14] Esta variante de la contratación directa aparece reglada por el artículo 27 del decreto 436/00, recientemente reglamentado en su procedimiento por el decreto 1818/06 que viene a intentar imponer la contratación electrónica para las *contrataciones directas de trámite simplificado*.

[15] Las bandas dentro de las cuales es admitida cada una de las modalidades se encuentran definidas por el artículo 22 del decreto 436/00.

[16] Volveré sobre esta distinción entre contrataciones directas propiamente dichas y las que se realizan bajo ese nombre pero compulsando al menos algunas ofertas, ya que la confusión que generan merece ser tratada con mayor detalle.

[17] Así surge del artículo 25(d), apartados 2 al 10, del decreto 1.023/01.

do no hubieren sustitutos convenientes;[18] los casos en los que hubiera resultado desierto o fracasado en dos oportunidades un concurso o licitación; en los que se acrediten razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas y que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno; las operaciones que el Poder Ejecutivo nacional haya declarado secretas por razones de seguridad o defensa nacional; las contrataciones por reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación; los contratos con las jurisdicciones y entidades del Estado nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud;[19] también los contratos que se celebren con las Universidades Nacionales y los que, previo informe al Ministerio de Desarrollo Social, se celebren con personas inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social.[20]

Sólo en estos casos —hagamos de cuenta que son pocos— podemos hablar de una contratación directa *stricto sensu*, como veremos más adelante, ya que el procedimiento previsto en los artículos 25(d.1) del decreto 1.023/01 y 26(a) del decreto 436/00 para compras y contrataciones inferiores a los $75.000 mantiene rasgos que impiden tenerla por *directa*, al menos en el sentido que la mayoría de los lectores dan a esa palabra. Las llamaré ***contrataciones directas sui generis***.

La segunda diferencia, que jugará un rol determinante en la selección del procedimiento, está dada por las exigencias de publicidad previa y del grado de concurrencia de oferentes. En los tres casos se exige la publicación en la página de la ONC. También la publicidad en el Boletín Oficial de los contratos que superan los $75.000.[21] Pero a ello se vienen a sumar exigencias diferenciadas para cada una de las modalidades, que seguidamente veremos.

[18] La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

[19] En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato. Sin embargo, la peligrosidad de esta habilitación amplia, introducida nuevamente por el decreto 204//04, merecería un análisis autónomo que no será el objeto de este trabajo, máxime teniendo en cuenta la creciente participación del Estado nacional en actividades empresariales de diversa índole. Ya ha señalado liminarmente los peligros de esta vuelta al pasado Rocha Pereyra, Gerónimo en "El decreto 204/04. Un posible retroceso en la contratación pública," *JA*, 2004-III-1288.

[20] El Efector Social es, en palabras del propio Ministerio, aquella persona que está realizando una única actividad productiva y ve dificultada su inserción en la economía por estar en una situación de vulnerabilidad social. (Ver en http://www.desarrollosocial.gov.ar/Efectores/efectores.asp.)

[21] Así surge del artículo 19 del decreto 436/00, en cuanto establece que "[l]as contrataciones cuyo monto exceda la suma de pesos setenta y cinco mil ($75.000), así como las transferencias de contratos que los organismos autorizaren, se publicará por un (1) día en el Boletín Oficial, una vez perfeccionado el respectivo contrato." Cabe mencionar que esta exigencia es aplicable en todas las modalidades previstas en las normas que analizamos.

En el caso de la *licitación pública*, se suma a la publicación en el sitio de la ONC —que no siempre ocurre—[22] el requisito de que el procedimiento sea dado a conocer por cualquier medio y con la misma antelación a las asociaciones que nuclean a los productores, fabricantes y/o comerciantes del rubro y, en su caso, a las asociaciones locales del lugar en el que deban realizarse las prestaciones. Luego de estos rasgos comunes, las licitaciones públicas presentan dos subdivisiones claramente delimitadas.

Para los procedimientos justipreciados en menos de $5 millones, se exige la publicación en el Boletín Oficial por 2 días y que la última de estas publicaciones se verifique al menos 4 días antes de la fecha de apertura de sobres. Cuando sea por un monto superior a los $5 millones, se deberá publicar por 8 días en el Boletín Oficial y respetarse una antelación entre la última publicación y la apertura de sobres de al menos 12 días. A ello se suma, en este caso, la publicación por un día en dos de los diarios de mayor circulación en el país. (Cuando corresponda, se sumará la publicación en medios de difusión local, sean oficiales o privados y, en el caso de las licitaciones internacionales, en medios de terceros países y con plazos de antelación especiales.)

En las *contrataciones directas propiamente dichas*, la exigencia de publicidad es únicamente posterior a la firma del contrato, si es que corresponde.[23] Por el contrario, en las *contrataciones directas sui generis*, es decir, aquella especie extraña en la que se realiza compulsa de una cierta cantidad de ofertas,[24] rige únicamente la obligación genérica de publicidad a través del sitio de Internet de la ONC y la de invitar por medio fehaciente[25] —y con antelación de al menos 5 días respecto de la apertura de sobres— a un mínimo de tres proveedores habituales, prestadores, productores, fabricantes, comerciantes, o proveedores del rubro.[26]

Si la *contratación directa* fuera justipreciada en menos de $10.000, entramos en el terreno de la ***contratación directa por trámite simplificado***, en

[22] Como dije al comienzo de este artículo, la ONC no es informada de todos los procedimientos y, aun cuando ello ocurre, no siempre es en tiempo oportuno.

[23] Según el artículo 19 del decreto 436/00. (Ver nota 20.)

[24] Siempre que no sea posible realizar una contratación mediante compra informatizada, punto sobre el que volveremos en el capítulo 5.2.

[25] Para quienes crean sin más en la infalibilidad de los medios de invitación fehaciente utilizados, una anécdota. Recuerdo que al asumir mi cargo en la Facultad de Medicina ordené realizar un preciso escrutinio de los procedimientos tramitados en los meses previos, habida cuenta de los rumores de actos de corrupción reinantes. A partir de ese análisis se realizaron no menos de media docena de denuncias penales contra funcionarios y empresas vinculadas con casos en los que se fraguó el envío por carta certificada. El procedimiento detectado era muy sencillo: La unidad operativa de contrataciones adquiría del Correo Argentino las obleas para el envío de cartas certificadas y con ellas confeccionaba una prolija planilla en la que se pegaba cada una de ellas con expresión de un destinatario a veces real, con el fin de "acreditar" la invitación. Luego de solicitar al Correo que confirmara si los envíos se habían hecho, nos informaron que, si bien las obleas figuraban como compradas, no todos los envíos se habían hecho. Casualmente, la empresa siempre adjudicada era la única que había recibido las cartas certificadas; a las restantes, nunca se les enviaron.

[26] Conforme artículo 18 del decreto 436/00.

la que las invitaciones a participar podrán efectuarse —al menos así será por un tiempo más, como veremos a continuación— por cualquier medio (es decir, no fehaciente) y las ofertas podrán presentarse por e-mail, fax u otros medios. (Traducido: El precio en cada oferta quedaba a la vista.) Claro que el titular de la unidad operativa de contrataciones "tendrá la responsabilidad de que las ofertas permanezcan reservadas hasta el día y hora de vencimiento del plazo fijado para su presentación."[27] En estos casos, la elección de la oferta podrá resolverse sin más trámite que la opinión de la unidad operativa de contrataciones y la unidad requirente del bien o servicio.

Pero la reciente modificación al régimen de contratación directa de trámite simplificado merece un párrafo aparte. Ante todo, es llamativo que el decreto 1818/06, que viene a establecer un procedimiento obligatorio para la contratación directa de trámite simplificado, no modifique lisa y llanamente el artículo 27 del decreto 436/00. Usar en forma obligatoria —como dice el nuevo decreto 1818/06— el sistema electrónico que habilite la ONC no parece compatible con la reglamentación original. Por citar sólo un ejemplo, el decreto 436/00 prescinde expresamente del acto de apertura, mientras que la nueva reglamentación establece en su numeral 6º que "[l]a apertura de las ofertas será pública y con la presencia de por lo menos un testigo." Esta superposición de regímenes parece dejar resquicios para justificar en el futuro procedimientos que transiten canales distintos de los que ahora son obligatorios, aunque eso lo dirán los hechos de aquí a unos meses, cuando se supere el período de *aplicación progresiva* dispuesto en el artículo 2º del decreto. Si bien la instauración de mecanismos informatizados que liberen de trámites a los funcionarios y a los administrados merece aplauso, no queda claro aún si el nuevo régimen efectivamente logrará este cometido o si, como puede también preverse, generará resistencias que empujarán hacia la búsqueda de atajos.

Como se desprende de este breve repaso, las diferencias esenciales, aparte de las bandas de justiprecio que habilitan la selección de la modalidad, se encuentran en la publicidad que debe realizarse del llamado y la cantidad de posibles oferentes a los que está dirigido: Mientras en las *licitaciones* se apunta a un número indeterminado de posibles participantes, en las *contrataciones directas sui generis* sólo hace falta invitar a tres por medio fehaciente o, en el caso de las de *trámite simplificado*, por e-mail. En las *contrataciones directas propiamente dichas*, como es natural, no se invita a nadie más que al co-contratante, quedando sólo sujeta a publicidad *ex post* la operación que supere los $75.000.

[27] Conforme artículo 27 del decreto 436/00.

3. *Despertares*

Cuando por primera vez dediqué mi atención a este asunto, fue casi por accidente, a partir de una contratación para la Facultad de Medicina. Se inició el expediente; se determinó el justiprecio[28] en $55.200; se elaboró el proyecto de pliego y del acto administrativo que le daría aprobación juntamente con el compromiso preventivo del crédito presupuestario; intervino el servicio jurídico y se elevó el expediente para mi firma. Otra vez una resolución aprobatoria de un llamado a ***contratación directa***.

Mi primera reacción fue no firmarla. Luego de reflexionar, e intentando un remedio a la postre ineficaz, agregué al expediente una indicación a la Dirección de Contrataciones a fin de que publicaran en un diario de circulación nacional el llamado a presentar ofertas. El paliativo no sirvió de nada.

Profundizando mi reflexión, me dispuse a analizar con mayor detenimiento el Régimen de Contrataciones del Estado nacional que tiene su base normativa en el ya citado decreto delegado 1.023/01, su modificatorio, el decreto de necesidad y urgencia 666/03 y el reglamentario 436/00.[29] A poco de comenzar a leer la reglamentación, surgió patente la causa de mi malestar: ¿Cómo una norma que busca implantar la razonabilidad; la libre concurrencia de interesados y la competencia entre oferentes; la transparencia; la publicidad e igualdad de trato para unos y otros,[30] termina adjudicando por ***contratación directa*** las compras y contrataciones de hasta $75.000?

Luego de solicitar informes a la Dirección de Contrataciones, los datos justificaron mi enojo: Se tramitaron ese año 181 contrataciones de las cuales —por

[28] Según el diccionario de la Real Academia Española, el justiprecio es el "aprecio o tasación de algo." Las normas de contrataciones acuden a él para referirse a la estimación del costo de la contratación antes de que sea realizada la compulsa de precios. Este concepto, o mejor dicho, la operación de justipreciar, es de vital importancia en la determinación de los procedimientos aplicables para la selección del contratista en el caso concreto. Volveré a referirme al justiprecio en capítulos posteriores y, por eso, lo traigo a colación en este punto.

[29] *No se trata de un error de imprenta*: La norma del 2000 reglamenta la del 2001 y la del 2003, en una suerte de parapsicología normativa difícil de comprender. Es que en realidad, el decreto 436/00 reglamentaba los todavía sobrevivientes artículos del decreto-ley de contabilidad 23.354/56. Cuando el decreto delegado 1.023/01 apareció en escena, en el año 2001, se consideró oportuno que la reglamentación del viejo decreto-ley se considerara comprensiva del nuevo marco. Aun con la reforma que el decreto 666/03 hizo del 1.023/01, se mantuvo este intrincado ejercicio de reglamentación *visionaria*. Ha dicho Mairal que "[e]sta es la consecuencia de la delegación: cuando el Congreso permite a la Administración que ella misma dicte —sin limitación alguna— las normas que rigen sus relaciones con los particulares, no es de sorprender que se desemboque en estos abusos. En un Estado de Derecho, el Parlamento cuida de fijar límites a la actuación de la Administración frente a los particulares. En Argentina, el Congreso ha abdicado tal función. Sólo queda la intervención del Poder Judicial, por necesidad generalmente tardía y esporádica, para poner coto a estas exageraciones." (Ver Mairal, Héctor A., "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en Gordillo, Agustín (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad. Suplemento Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004. p. 12.)

[30] Tal lo establecido en el artículo 3° del decreto delegado 1.023/01 en sus incisos *a)* al *f)*, como hemos visto.

monto— 2 fueron licitaciones públicas; 6 licitaciones privadas y 173 ***contrataciones directas***. Estaba ante la modalidad de selección del contratista más usada por la Facultad de Medicina.[31] Supuse que lo mismo sucedía en gran cantidad de organismos de similares dimensiones cuyas necesidades definen procedimientos de compras y contrataciones por montos inferiores a la nada despreciable cifra de $75.000. Veremos, en los capítulos subsiguientes, hasta qué punto esto es así incluso hoy, en 2006. Pero, antes, recordemos de qué estamos hablando.

4. *Res, non verba*

Ahora que hemos repasado lo que dicen las palabras y las normas, vamos a los hechos. Los datos que hoy ofrece la ONC son de una claridad meridiana: Aquello que señalaba en 2004, cuando escribí por primera vez sobre este tema, no sólo se confirma en la realidad de la administración nacional argentina de 2006, sino que lo hace en forma creciente y sostenida. Veamos.

El primero de los gráficos (Figura 1) nos muestra cuánto representa (medido en pesos gastados por procedimiento) cada una de las modalidades de selección del contratista previstas en el decreto 1.023/01 para el año 2005,[32] en el volumen de gasto total registrado según las órdenes de compra.

[31] Hechas las averiguaciones del caso con los funcionarios de la Facultad de Medicina pude saber que, en lo que va de 2006, se llevan tramitados 151 procedimientos, de los cuales **150 son *contrataciones directas* y tan sólo 1 es *licitación privada***. Medido en pesos totales, **hablamos de unos $ 3,2 millones gastados a través de contrataciones directas y tan sólo $ 380.000 en la única licitación privada realizada**. Los números hablan por sí mismos.

[32] Existen datos parciales de 2006 disponibles en: https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/index2.asp. (Última visita el 10-XI-06.) He tomado datos de 2005 puesto que reflejan el último ejercicio completo. De todos modos, en el capítulo 5 reflejaré algunos de los datos correspondientes al presente año, para mejor analizar la tendencia.

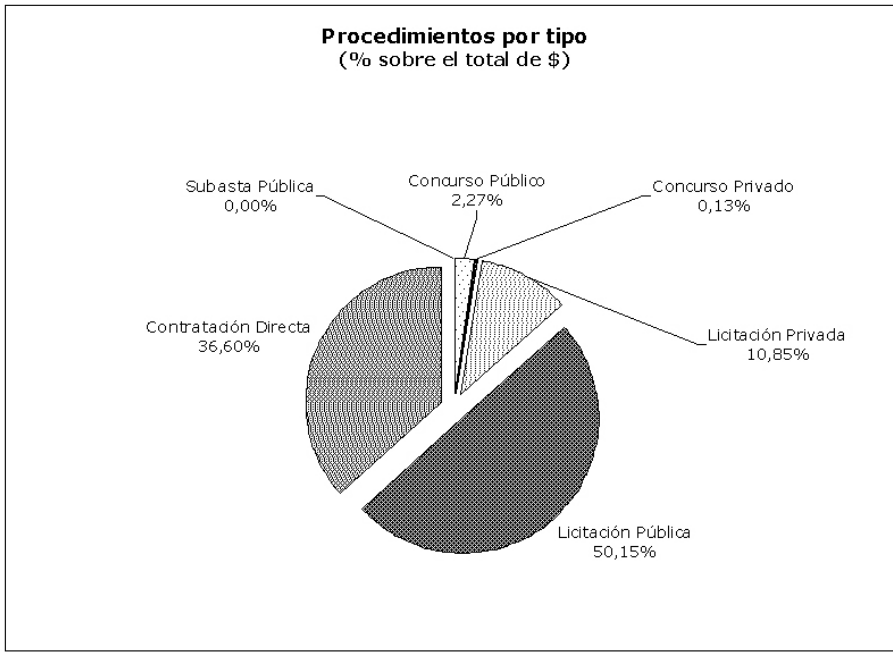


Figura 1
Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Como puede apreciarse, del volumen total de pesos gastados y registrados por la ONC a través de las distintas órdenes de compra, aproximadamente la mitad fue canalizado a través del procedimiento de licitación pública (50,15%). Si sumamos el concurso público, el agregado llega a 52,42%. Como contrapartida, vemos que un 36,6% del monto registrado por el sistema en 2005, corresponde a ***contrataciones directas***.

En el segundo gráfico, podemos ver el problema en toda su dimensión. Al abandonar el análisis por sumas gastadas (en el que unas pocas operaciones de gran magnitud pueden distorsionar la real incidencia de la licitación pública) y pasar al escrutinio de la cantidad concreta de procedimientos de compra tramitados por cada modalidad, vemos que las contrataciones directas son la gran *vedette* del sistema.

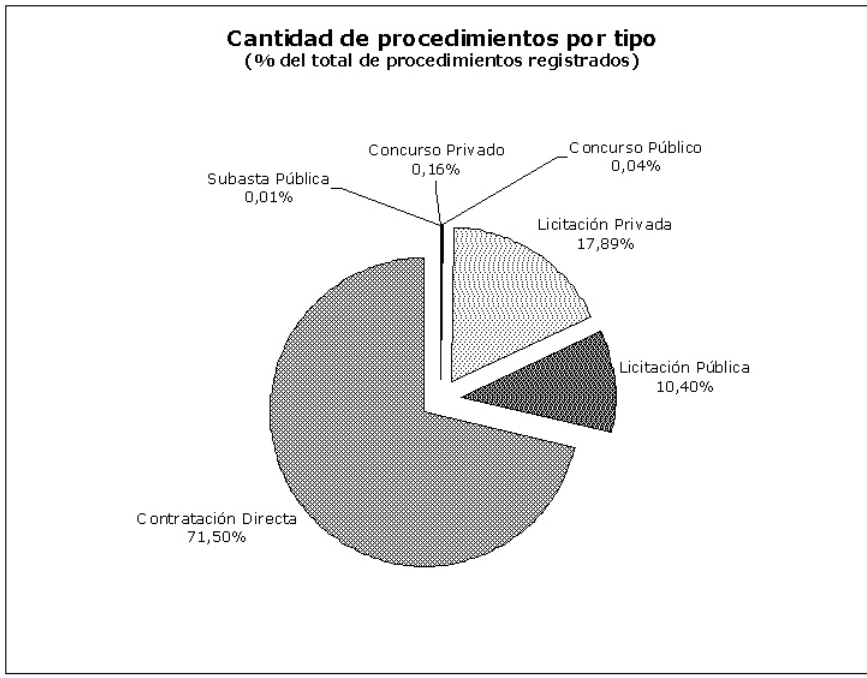


Figura 2
Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Las contrataciones directas representan el 71,5% del total de los procedimientos de contrataciones registrados por la ONC. Si a ello sumamos la licitación privada (17,89%) y el concurso privado (0,16%), vemos que el 89,55% del total de los procedimientos de selección del contratista transitan por vías *directas* o *privadas*. Pasando en limpio: **Sólo el 10,4% de los procedimientos que dan vida al sistema de compras y contrataciones del Estado se concretan a través de una *licitación pública*.**[33]

Quien lee estas líneas supondrá legítimamente que la contratación directa es, pues, la regla en el sistema de contrataciones del Estado. A poco de analizar el artículo 24 del decreto 1.023/01, nos damos cuenta del desaguisado:

[33] Desde la perspectiva del control, podría decirse que, si con sólo el 10,4% de los procedimientos se gasta el 50,15% de los pesos y, además, se lo hace por *licitación pública*, el mecanismo más "transparente" que ofrece el sistema, las posibilidades de encontrarnos con hechos de corrupción decrecen. Claro que ello sólo sería cierto si efectivamente fuera la licitación pública un modo eficaz de evitar los hechos de corrupción, aserción que su actual formato no permite realizar, al menos no en forma tajante. Pero, aunque estos datos no sirvan por sí solos para afirmar que las posibilidades de desvío decrecen, sí muestran que es posible un rediseño del sistema que permita un control más directo y en tiempo real de determinados procedimientos —escapando en alguna medida al control *ex post* de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control 24.156— sin que por ello se requiera movilizar gran cantidad de recursos humanos o materiales por parte de los órganos de contralor.

"La selección del co-contratante para la ejecución de los contratos contemplados en el art. 4° de *este régimen* ***se hará por regla general*** **mediante licitación pública o concurso público.**"

En realidad, y como quedó demostrado por los datos de la propia ONC, no es oro todo lo que reluce. **Se dice una cosa, se hace otra**.

5. *La inflación del incumplimiento*

5.1. *El análisis dinámico*

Todavía flota la sensación un tanto contradictoria de tener un sistema nacional en el cual el 71,5% de los procedimientos son hechos a través de la *contratación directa*, mientras que un 47,58% de los pesos gastados se canalizan por procedimientos distintos de la *licitación pública* y el *concurso público*.[34] Cabe dejar de lado por un momento este análisis de las *fotos* del problema para ver la *película* en movimiento. Es tiempo de preguntar qué muestra la tendencia.[35]

[34] **El caso de la Provincia de Buenos Aires es más llamativo que el de la Nación**. Empieza la Provincia por reconocer en los considerandos del decreto provincial 787/04 "que del informe correspondiente al ejercicio financiero 2001 surge que los procedimientos contractuales básicos, **licitaciones públicas y privadas, que promedian el 4%** de las actuaciones sometidas al control de legalidad de dicho organismo (menos de 130 licitaciones) y **representan sólo el 28% del gasto** (menos de $ 55,0 millones), **no sólo se han visto desplazados por los procedimientos de excepción autorizados por la ley —contrataciones directas que han resuelto el 7% de los trámites** (unos 270) **y el 42% de la inversión** (menos de $ 42,0 millones)— **sino y fundamentalmente por formas de contratación no autorizadas** (legítimos abonos - casi 3300 trámites), que generaron el 28% de las erogaciones, unos $ 57,0 millones, **mediante el 86% de las actuaciones**." Claro que, para resolverlo, no tuvieron mejor idea que echar nafta al fuego. Me explico.

La Provincia detectó un problema acaso más primitivo que el que enfrenta el sistema nacional. Los pagos por servicios prestados y por bienes provistos se hacían por mecanismos directamente ajenos a la norma en un 86% de los casos. En busca de una solución, es decir, en busca de traer esas desviaciones al *campo de juego* del sistema, las autoridades provinciales hicieron básicamente tres cosas: Prohibieron el desdoblamiento de procedimientos por medio del decreto 2698/04 (lo que merece aplauso, como he señalado en la nota 48), actualizaron —y establecieron futuras actualizaciones por índice de precios— los montos que sirven de techo a cada modalidad y reglaron la necesidad de contar con autorización y/o aprobación de autoridades superiores (Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios) para el inicio o conclusión de determinados procedimientos. Si bien estoy trabajando en un artículo que puntualmente analiza la situación en la Provincia de Buenos Aires, adelanto aquí algunas conclusiones. Se están importando del sistema nacional los vicios que señalo en este trabajo, al generar claros incentivos para que la migración de las operaciones extra-sistema hacia las *contrataciones directas sui generis,* a lo que se suman dos agravantes: La actualización por índices de los topes hará sustentable en el tiempo el mecanismo; y la necesidad de autorización por parte de autoridades superiores para las operaciones de mayor monto empujará hacia abajo los montos promedio por operación, para evitar las demoras que ello pudiera implicar.

[35] Debo aclarar en este punto que usaré datos correspondientes a 2006 que son, naturalmente, parciales a la fecha de elaboración de este trabajo. El lector deberá tener presente que si bien son base suficiente para mostrar una tendencia, ellos pueden no resultar del todo representativos del número final ya que puede haber una concentración de procedimientos de mayor monto en los meses finales del año que no aparezca todavía reflejada. De todos modos, importa ver el sesgo de las progresiones más que el dato preciso. En cualquier caso, actualizaré las cifras en trabajos futuros.

Para mejor responder esta pregunta es necesario hacer un poco de historia a partir de la serie de datos registrados en las bases públicas de la ONC. La información disponible hasta el momento se remonta al año 2001 y llega hasta nuestros días. Contar con una serie de estas características permite hacer, con las limitaciones del caso, un análisis del comportamiento en el tiempo de las variables que analizamos.

La primera salvedad que plantearé ya debe estar en la mente del lector. Entre finales de 2001 y comienzos de 2002, la Argentina vivió una crisis —cuyas causas no son objeto de estudio aquí— que sacudió, en mayor o menor medida, a todos los sectores de actividad. En lo que aquí interesa, se dieron algunas consecuencias en el plano económico, financiero y presupuestario que merecen ser destacadas.

En primer lugar, se produjo una importante devaluación del peso, del orden del 210%, en contraste con la habitual moneda de referencia, el dólar, lo que tuvo su impacto en el índice de precios. Veamos en la Figura 3 el comportamiento de la inflación mayorista de este período.

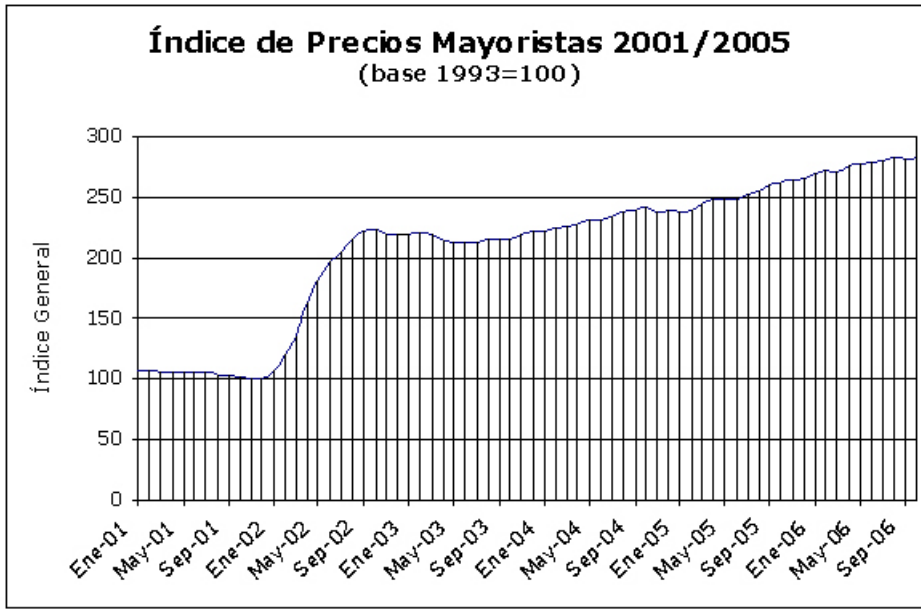


Figura 3
Fuente: Elaboración propia en función de datos del INDEC.

En segundo lugar, tras una baja inicial considerable en los niveles de actividad, en los ingresos fiscales y en el gasto consolidado —dentro del cual se encuentra el destinado a compras y contrataciones como las que estudiamos en este artículo,— vino una segunda etapa de crecimiento económico, seguido de

un igualmente pronunciado crecimiento de la recaudación y de una expansión del gasto en el sector público.[36]

En este punto es importante introducir una segunda salvedad. Desde el 2000, año en el que vio la luz el decreto 436/00, no se modificó el monto por debajo del cual se admite la contratación directa: Sigue fijo en $75.000.

Ya sospechará el lector mi siguiente pregunta: ¿Han impactado el nivel de depreciación del peso y la inflación en la capacidad de compra del Estado? Seguramente lo han hecho. Y si la devaluación y la inflación han impactado en la capacidad de compra del peso, ¿podemos suponer que con los mismos $75.000 de 2001, hoy —despegados del dólar— el Estado puede comprar sólo un porcentaje menor del mismo bien que antes compraba?

Tomando las herramientas que brinda el INDEC, los $75.000 de 2001 equivalen hoy, corregidos por el deflactor de precios mayoristas,[37] a $25.756,5. Veamos con un ejemplo tomado de datos reales si estos índices se verifican en los hechos registrados por la ONC. Si en el año 2001, digamos julio, quería un organismo comprar una resma de hojas A4, la pagaba en pesos convertibles a un valor aproximado de $3,25 la unidad.[38] Hoy, esa misma resma cuesta aproximadamente unos $8,57.[39] Es decir, **con los mismos pesos de ayer, hoy se compran menos de la mitad de las hojas**.

No pretendo que este rústico cálculo y las consecuencias que de él se derivan sean extendidos sin más a la totalidad de las compras y contrataciones del Estado, porque no ha sido igual la incidencia de la caída del poder adquisitivo de la moneda para los bienes que para los servicios; tanto menos si analizamos los bienes de procedencia nacional en comparación con los de procedencia extranjera. Sin embargo, la evolución de la inflación ha afectado en mayor o menor medida a todos estos rubros y, casi sin excepción, a aquellos que involucran procesos industriales.

Luego de este introito, estoy en condiciones de afirmar que la merma en el poder adquisitivo de la moneda que afectó al Estado comprador hizo que el techo de $75.000 que rige en la admisibilidad de las *contrataciones directas sui generis* sufriera una variación *de facto*. El sólo hecho de no haber actualizado el monto —a valores de hoy, la cifra debería haber alcanzado los $218.400—[40] se convierte en una acertada (in)decisión de política pública,[41] en tanto deja en

[36] Scibona, Néstor, "El sueño de todo político," *La Nación*, 26-XI-06.

[37] El deflactor es, a la fecha, de 2,912 según el índice de precios internos básicos al por mayor. (IPIM.)

[38] Según Orden de Compra del Ministerio de Economía 91/01 del 6-VII-01, correspondiente a un procedimiento finalmente adjudicado a Ledesma S.A. (Fuente: ONC.)

[39] Según Orden de Compra del Ministerio de Economía 166/05 del 27-VI-05, correspondiente a un procedimiento finalmente adjudicado a Papelera Pergamino S.A.I.C.A. (Fuente: ONC.)

[40] Según deflector IPIM en 2.912. (Fuente: INDEC.)

[41] En contraste, la Provincia de Buenos Aires ha realizado ajustes al monto que regía este tipo de procedimientos desde la devaluación del peso. Ver nota 33.

manos del índice de precios lo que podría haberse hecho desde un principio, estableciendo un tope más bajo.[42] Es que el grueso de las necesidades de compras y contrataciones del Estado no ha variado en su tipología o cantidad a lo largo de los años considerados, como los propios datos de la ONC reflejan.[43] La lógica indica que, cuando el mismo funcionario que en 2001 salió al mercado a buscar una determinada cantidad de resmas, salió cuatro años después, en 2005, en busca de esa misma cantidad, debió pagar más por ellas. Así, debió encontrarse mucho antes con el techo de los $75.000 en gran cantidad de casos y debió pasar, al menos eso indican los datos de la economía, al siguiente escalón del sistema de compras y contrataciones: La licitación.

Si esta deducción es correcta —y los números parecen indicar que lo es— deberíamos estar en condiciones de verificar una merma relativa en la incidencia de las contrataciones directas respecto de los demás tipos de procedimiento de selección del contratista. Podrá preguntarse quien me acompaña en estas líneas si los datos respaldan esta deducción. Para responderle, presento a continuación la Figura 4 —en base a la información disponible para el período 2001/5— en la que vemos la evolución anual del porcentaje que representa la contratación directa respecto del total de procedimientos.

[42] Así lo hizo por ejemplo la reciente ley 2.095 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que aprobó el más novel de los regímenes de compras y contrataciones. En su artículo 38, que rige en materia de *contrataciones menores* (tal la denominación adoptada para calificar este tipo de contratación directa), dispone que sólo serán admisibles siempre y cuando no se superen las 30.000 unidades de compra (hoy fijadas en $1) y que no se realicen más de dos operaciones de este tipo en un mismo mes, ó 12 en el año.

[43] Para quien desee profundizar en el estudio de estas variables, ver las estadísticas anuales correspondientes a "Montos de OC por objeto de los 50 principales organismos" y "Montos de OC de los 20 principales rubros" en https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/index2.asp.

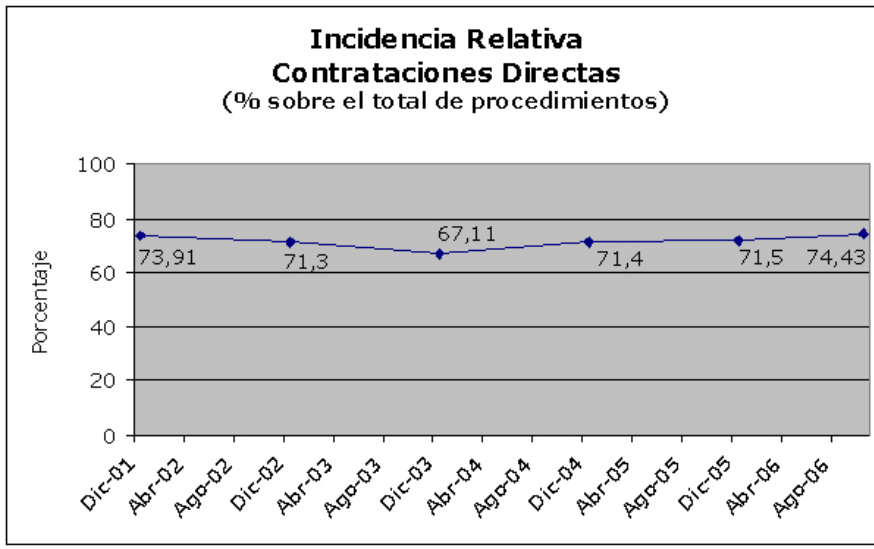


Figura 4
Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Como puede apreciarse a simple vista, lejos de caer, el porcentaje que representan las contrataciones directas (medidas en cantidad de procedimientos realizados por modalidad) se ha mantenido relativamente estable año a año, incluso con una leve tendencia al crecimiento. Esta tendencia es incluso más marcada si se toma el período en el que se considera que Argentina ya había salido de la crisis: Entre 2003 y 2006, la incidencia de las contrataciones directas pasó del 67,11% al 74,43%. En suma, esto quiere decir que las contrataciones directas, lejos de menguar, **han aumentado su participación en la torta de los procedimientos de selección del contratista en un 10,43%**.

Mientras tanto, tomando nuevamente el período 2003 al 2006, los datos de la ONC demuestran que las licitaciones públicas pasaron de representar un 12% de los procedimientos concretados en 2003, a un 8,53% en 2006. Nuevamente, para evaluar la tendencia, debemos decir que **en los últimos tres años la incidencia de la licitación pública en el total de los procedimientos de contrataciones registrados ha disminuido un 40,68%**.

Veamos ahora (Figura 5) qué pasa con los valores promedio por operación en las modalidades de selección del contratista que venimos comparando y en el total de operaciones del sistema, es decir, la resultante de dividir los montos pagados por cada modalidad por la cantidad de procedimientos realizados en cada período considerado.

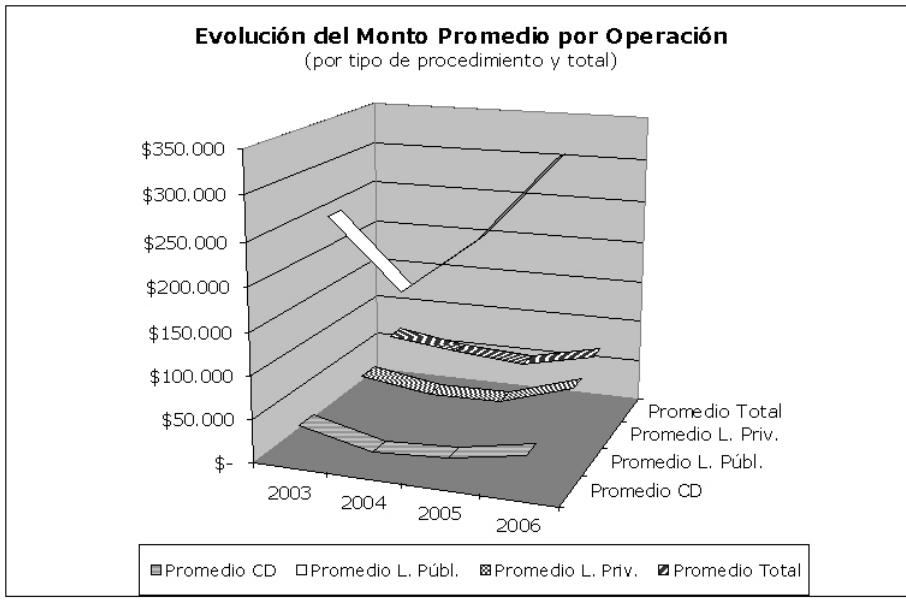


Figura 5
Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Estos datos parecen indicar que la adopción de la contratación directa —*sui generis* o *propiamente dichas*— o la licitación pública como herramienta para la selección del contratista no está determinada por el monto que las normas fijan como bisagra, sino por otras razones no escritas pero igualmente presentes. Vemos claramente que, mientras el monto promedio de la licitación pública aumenta —pasó de $257.519 en 2003 a $338.279 en 2006, reflejando en alguna medida el impacto inflacionario,— el de las contrataciones directas no lo hace (en 2001 era de $41.230 y, según datos de 2006, es de $40.182) y se ubica cerca del punto medio de la banda en que resultan admisibles ($0/$75 mil).[44] Ni siquiera aumentó significativamente el monto promedio de las licitaciones privadas. ($43.093 en 2003 a $57.397 en 2006.) Digámoslo más simple: Los procedimientos que tienen un tope que gatilla la exigencia de mayores requerimientos de trámite se han mantenido misteriosamente estables por debajo de su límite o con poco margen de crecimiento, mientras que la licitación pública ha reflejado un crecimiento en el promedio más consistente con la variación de precios de la economía.

Pero corresponde aquí reflejar una nueva tendencia, igualmente preocupante y consistente con los datos que acabos de presentar. Recordará el lector que, al momento de iniciar este recorrido gráfico, presenté (Figura 1) una serie de datos

[44] Con la salvedad, claro está, de las contrataciones directas propiamente dichas, que pueden superar estos montos, lo que sólo serviría para subir el promedio, reforzando en alguna medida la conclusión.

que reflejaban la incidencia de las contrataciones directas y las licitaciones públicas, tomando como base de medición los pesos gastados por cada una de esas modalidades en el período considerado. Decía, analizando la foto de 2005, que la licitación pública representaba en el total de pesos gastados por modalidad un 50,15%. Veamos ahora la película.

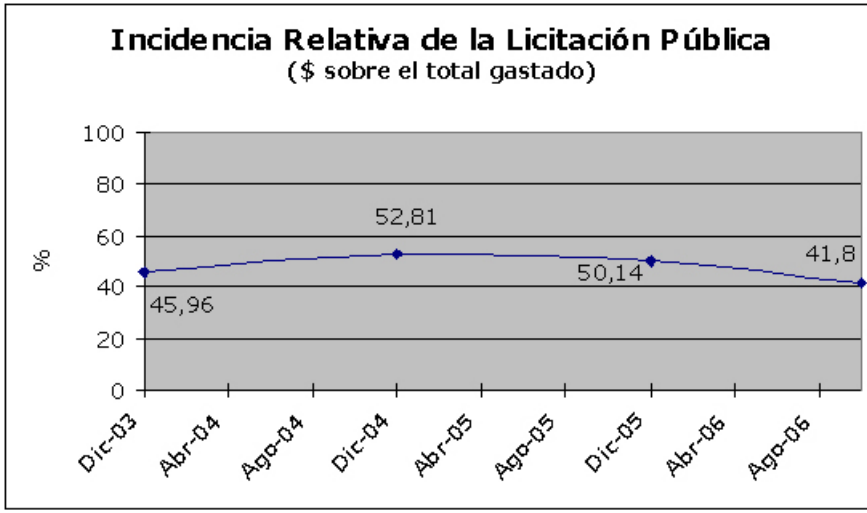


Figura 6
Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

El gráfico nos muestra que, tomando como punto de partida el año 2003, la incidencia de las licitaciones públicas medidas por monto tuvo un primer impulso ascendente (vemos que llegó a un pico de 52,81% en 2004) para recobrar luego la tendencia a la baja llegando, en lo que va de 2006, a **un piso del 41,8%**.

Podríamos decir que la curva de incidencia por montos se va a acercando a la curva de incidencia por cantidad de procedimientos, lo que no hace más que confirmar la tendencia general del sistema. Se lo mire por donde se lo mire —estática o dinámicamente,— la *licitación pública* no es la regla general; la regla general es la ***contratación directa***.

5.2. *Corolarios*

Aunque sería trabajo para economistas hacerlo con toda la precisión del caso, podemos tomar por cierto que existió la devaluación y que ella impactó en el poder adquisitivo de los pesos del Estado. Mientras tanto, el tope de $75.000 se mantuvo constante. Si esta fluctuación en una de las variables —el poder

adquisitivo— no ha producido un efecto al menos del mismo signo[45] en la otra variable —la incidencia de las contrataciones directas,— es porque algo está ocurriendo al interior del sistema que distorsiona el resultado esperado. Puedo imaginar alguna respuesta. Seguramente el lector también.

Si no han caído las contrataciones directas en un contexto como el señalado, es probable que ello se deba a que, en cierta medida, las distintas jurisdicciones estén forzando los diseños de los pliegos, es decir, las cuantificaciones o las cualificaciones de la necesidad a satisfacer, para seguir cayendo dentro del tope de los $75.000, a pesar de todo.

En blanco sobre negro: O se están desdoblando las licitaciones para que el compromiso preventivo de presupuesto esté por debajo del tope; o se están realizando justiprecios por debajo de la realidad de mercado parar lograr encajar la compra en la modalidad de contratación directa; o se está acudiendo más allá de lo debido a las excepciones que permiten realizar contrataciones directas propiamente dichas y, de entre ellas, la más usada, la contratación directa por razones de urgencia.

Tratemos de ponernos en los zapatos del Director de Contrataciones de una dependencia "X," a quien su autoridad superior le dice: "Tenemos que apurar la compra de librería porque empezamos un programa nuevo y no va a alcanzar lo que tenemos." Nótese que no estamos ante motivaciones espurias. El Director pide de inmediato las especificaciones para incorporar al pliego y, al pedir los presupuestos que sirven de base para calcular el compromiso preventivo de presupuesto que debe hacerse, detecta que el precio del total de la compra sería de $85.000. Siguiendo las normas, debería aprobarse un llamado a *licitación privada.*[46]

Sin embargo, pesa sobre el funcionario de carrera la presión del funcionario político y, llegado el caso, de sus propios compañeros de trabajo que necesitan el material para trabajar. En este contexto, del que las normas no hablan y al que tampoco ofrecen soluciones, es probable que el Director de Contrataciones acuda a alguna de las operaciones siguientes, que forman parte del día a día de la administración que tampoco se enseña en los libros, o se enseña poco.[47]

La primera opción "disponible" es la de desdoblar la compra. Si estaba programado comprar hojas A4, blocks esquela y lápices, el Director de Contrataciones

[45] Si bien podría alguien sostener que muchos de los procedimientos que caían dentro de la banda de las contrataciones directas antes de la devaluación presentaban justiprecios que, aun siendo corregidos por inflación, no superarían el techo de los $75.000, lo cierto es que este argumento no alcanza para conmover la conclusión a la que arribo. En efecto, aplicando el deflactor de precios mayoristas (ver nota 36) podríamos aventurar que sólo en procedimientos justipreciados antes de la devaluación en menos de $25.756,5 sería razonable esperar hoy que no se excediera el tope de $75.000. El lector compartirá entonces que, al menos, deberíamos ver ese cambio de signo en la tendencia al que me refería, cosa que —en los hechos— no se ha verificado.

[46] Conforme lo dispone el artículo 22(b) del decreto 436/00.

[47] Con honrosas excepciones. Por todas, GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela,* Madrid, Civitas, 2001, 1ª ed., 3ª reimpresión. Versión como *e-book* que puede ser consultado gratuitamente en http://www.gordillo.com/tomo6.html

probará qué ocurre con el monto presupuestado si separa los blocks del resto de la compra. Si de ese modo se logra, por ejemplo, una compra de hojas y lápices por $ 65.000 y una de blocks por $20.000, se ha logrado el objetivo: Nacerán sin cesárea dos *contrataciones directas*, cuando las normas hubieran exigido una única licitación para la compra de elementos de librería.

También se desdobla por cantidades. Se compra una determinada cantidad de cada uno de estos ítems en enero y, luego de justificarlo con los consabidos defectos en la forma y en el fondo del acto que lo haga, se llama a una nueva contratación directa en octubre. Otra alternativa sería conseguir un presupuesto que permita colocar el procedimiento dentro de los $75.000 y que, luego de dirimido el procedimiento, se termine adjudicando por un monto mayor a esa cifra.[48]

Por último, es también moneda corriente acudir al trillado argumento de que la compra es urgente aunque no lo sea y de que no pueden seguirse los carriles normales, aunque puedan y deban ser seguidos. Ello habilitaría —siempre y cuando el sustrato fáctico fuese cierto, claro— la tramitación por *contratación directa propiamente dicha* por razones de urgencia.

Cualquiera sea el caso, estaríamos ante la violación de normas vigentes —como el artículo 51 del propio decreto 436/00—[49] que prohíben prácticas como el desdoblamiento o el falseamiento de las circunstancias de urgencia.[50] También se violarían principios igualmente aplicables a las contrataciones del Estado[51] y que no resultan disponibles ni para el funcionario político ni para el de línea.

Pero sería realmente improductivo centrar la atención en una administración o en un organismo, creyendo que en la condena fácil está la respuesta, sin comprender que subyacen causas más profundas que la mera voluntad de uno o cien funcionarios. Como dijimos, son las señales del sistema.

[48] Claro que aquí haría falta contar con algún amigo que, luego de mandar el presupuesto, no presente su oferta, o con un presupuesto apócrifo.

[49] El articulo 51 del decreto 436/00 dispone que "[n]o se podrá fraccionar una contratación con la finalidad de eludir la aplicación de los montos máximos fijados en el presente Reglamento para los procedimientos de selección. Se presumirá que existe desdoblamiento del que serán responsables los funcionarios que hubieran autorizado y aprobado los respectivos procedimientos de selección, cuando en un lapso de TRES (3) meses contados a partir del primer día de la convocatoria, se efectúe otra convocatoria para seleccionar bienes o servicios pertenecientes a un mismo rubro comercial, sin que previamente se documenten las razones que lo justifiquen." En mis años en la función pública no tuve la suerte de conocer a alguien que haya sido imputado por violación a este artículo, aunque no puedo descartar que existan por doquier. También merece mención la tardía —no por eso menos necesaria— decisión de la Provincia de Buenos Aires de erradicar el desdoblamiento en materia de compras del Estado, copiando el criterio nominalmente sostenido por la Nación en esta materia. (Ver Decreto 2698/04 y el comentario que hiciera de esta norma PULVIRENTI, citado en nota 1.)

[50] Artículos 25(d.5) del decreto 1.023/01 y 26(d) del decreto 436/00.

[51] Transparencia, libre concurrencia, eficiencia, igualdad entre los oferentes; entre otros adoptados por las normas citadas. Ver capítulo 1 y nota 6.

6. *Las palabras y las cosas*[52]

Hemos visto lo que se declama y hemos visto lo que dicen los números. También hemos visto que el fenómeno está en franco crecimiento. El siguiente paso, ineludible para quien analiza la cuestión, es preguntarse el porqué de esta tensión entre las palabras y las cosas.

6.1. *Los perversos incentivos del sistema*

Para entender las razones de esta tergiversación del sistema creo que es imprescindible atender los incentivos que él mismo brinda para que esta situación no sólo se mantenga, sino que crezca en las proporciones indicadas.

Intuitivamente, se podría pensar que, en los hechos, algunos principios de las contrataciones del Estado priman sobre otros. Sería esta, en ese contexto, una consecuencia de la tensión entre el complejo *eficacia - eficiencia*, por un lado, y el no menos importante *publicidad - libre concurrencia - competencia - transparencia*, por el otro. Alguien podría decir que la búsqueda de celeridad en la tramitación terminó forzando los principios que surgen de la reglamentación hasta hacer de la *contratación directa* la estrella del sistema.

Como he dicho antes de ahora, la presión que enfrentan los funcionarios a cargo de la ejecución presupuestaria por los apuros de la política dan poco margen de decisión en la elección de una modalidad de selección del contratista distinta de la *contratación directa*, cuando el monto así lo habilita. El sistema empuja. Caer, entonces, en el trillado recurso de cargar todas las tintas sobre el funcionario político o sobre el funcionario de línea a cargo de las compras y contrataciones sería tan inútil como tapar el sol con la mano.[53] Cualquiera que se haya desempeñado

[52] Cualquier identificación de este capítulo con las cuestiones tratadas por FOUCAULT en su libro homónimo es estrictamente intencional. En aquel trabajo (como en otros que forman la obra del autor) FOUCAULT planteó su tesis de que en cada período histórico se dan condiciones que determinan todo lo que en una época, y para esa época, es y existe, lo que es aceptable y lo que no lo es, lo que es válido y lo que no. Así, cada época se caracteriza por una *episteme* particular, que no sólo es un *a priori* de los sujetos y de los objetos sino que los forma y produce. En esta misma línea, estas *episte-mes* (contingentes, históricas y variables) dan lugar a diferentes regímenes de verdad, estructuras perceptivas, códigos culturales y formaciones discursivas. Es en virtud de esto que decimos que el discurso siempre está determinado (incluso producido) por estas estructuras epistémicas. Y es por esto también que la relación entre las palabras y las cosas no es nunca transparente, sino que esas *epistemes* de las que hablamos median entre el orden del discurso y el orden empírico. De aquí que las diferentes épocas lean distinto, cuenten distinto, hablen distinto, vean distinto. Y esto es así, por mucho que las personas quieran creer que sus prácticas discursivas son libres o que están determinadas sencillamente por algún tipo de objetividad de lo real. (Ver, entre otros trabajos de este autor, FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI editores, México, 2002 y *Arqueología del Saber*, Siglo XXI editores, México, 1984.)

[53] NIETO GARCÍA ha dicho con acierto que "la corrupción no es nunca una actividad individual aislada, sino un elemento de un sistema que la condiciona. Y aquí es donde aparecen determinados obstáculos que provocan el fracaso de los intentos bienintencionados de combatir la corrupción como si fuera el simple comportamiento aberrante de unos funcionarios aislados." NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, "La función pública y la corrupción," en REIRIZ, MARÍA GRACIELA (coord.), *Derecho Ad-*

con probidad en la función pública bien sabe que las presiones no siempre vienen de la mano de la corrupción, que por sí sola no sirve para explicar la ocurrencia de un fenómeno de estas características.

Muchas veces, el funcionario político, quien responde por la conveniencia y el mérito de la contratación, pero en sus hombros siente el peso de la oportunidad, presiona sobre el funcionario de línea —quien responderá por la legitimidad del procedimiento— para acudir al mecanismo que pueda lograr el resultado esperado con más celeridad. La ley o, mejor dicho, los decretos permiten acudir a la *contratación directa —sui generis, propiamente dicha* o de *trámite simplificado*— con una laxitud que deja poco margen de escapatoria en el caso concreto. Y cuando esa laxitud no alcanza, aparece la "creatividad" en la definición de los pliegos para calzar de todos modos en el campo de la contratación directa, como sugieren los números que presenté en el capítulo 5.

Enunciaré a continuación sólo algunos de los incentivos que brinda el sistema para dejar de lado las licitaciones en su formato actual.

6.1.1. *Los tiempos de la licitación*

Uno de los principales incentivos para evitar las licitaciones que se presenta a diario a quienes deben aprobar la modalidad de selección del contratista en el caso concreto es la demora en arribar a un resultado concreto una vez iniciadas.

Desde la formulación del pedido por la unidad requirente hasta la recepción del bien, obra o servicio contratado por la comisión de recepción **pueden pasar meses**. Y ello no se explica tan sólo por las dilaciones de trámite a las que lamentablemente nos tiene acostumbrados la administración, ya que en muchos casos son los propios empleados de la jurisdicción los que sufren los efectos de la demora en concretar la compra o contratación. La espera entre avisos (cuando deben publicarse), la antelación requerida respecto de la apertura, exigencias de documentación que sólo debería ser pedida a los adjudicatarios, las idas y vueltas para completarla a pedido del licitante, la preparación del cuadro comparativo, las demoras en la intervención escalonada de los integrantes de la comisión evaluadora, las vistas e impugnaciones, la intervención del servicio jurídico son eslabones que, individualmente considerados, pueden parecer desde tolerables hasta imprescindibles en las compras del Estado, pero es en la cadena completa que los bemoles de la *licitación pública* dan pie al desvío señalado.

La presión por contar cuanto antes con el bien o servicio por el cual se ha iniciado el procedimiento, sea por la demanda de sus destinatarios, o por la proximidad del cierre de ejercicio antes del cual debe estar devengada la totalidad del crédito

ministrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República, Revista Jurídica de Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 456.

presupuestario,[54] debe encontrar una respuesta dentro del sistema, o ella será encontrada por fuera de sus principios, o directamente de sus previsiones expresas.

Desde ya, para quienes elijan el camino de la corrupción o la desviación de poder, no habrá otra respuesta que la penalización que el sistema sancionatorio de la función pública y el Código Penal ofrezcan. Pero entiendo que buscar mecanismos alternativos **dentro de la licitación pública**, que mejoren la capacidad de respuesta de las unidades operativas de contrataciones, puede traer respuesta para quienes se ven —aun siendo funcionarios probos— en la necesidad de caminar más veces de las que querrían en las orillas del sistema.[55]

Si bien no es objeto de este trabajo[56] analizar y proponer nuevas modalidades de gestión de las compras y contrataciones, me parece imprescindible llamar la atención sobre algunos puntos que permitirían aminorar en importante proporción el grado de desvío antes señalado.

Uno de los grandes problemas que presenta nuestra regulación en esta materia es, a mi criterio, pretender asimilar compras y contrataciones que presentan rasgos distintivos completamente disímiles, perdiendo las ventajas que esas diferencias pueden brindar a la hora de diseñar los procedimientos correspondientes.[57] Cada tipo de bien o insumo responde a lógicas de mercado completamente diferentes. No será lo mismo comprar computadoras ensambladas, para las que se requiere un análisis pormenorizado no sólo de la configuración general sino también de cada uno de los elementos que las integran, que comprar resmas de papel A4 o mariposas para expedientes.

La compra de insumos fungibles como los que mencioné en última instancia permitiría acudir a sistemas mucho más avanzados que el sistema de compras electrónicas previsto por las actuales normas,[58] acotado todavía en su alcance.[59]

[54] Este fenómeno tiene principal relevancia, puesto que nuevamente pone de manifiesto un perverso incentivo: Aquellas jurisdicciones que no llegan a adjudicar, librar la orden de compra y recibir la factura que permite hacer el devengado correspondiente, pueden enfrentarse al riesgo de perder crédito presupuestario.

[55] Como ha dicho MAIRAL con acierto, "[e]l Estado argentino ha llegado a ser el principal incumplidor de las leyes que él mismo dicta. No nos referimos aquí a la violación de la ley por funcionarios inescrupulosos con fines espurios. Si bien, obviamente, el fenómeno existe, es poco importante frente a otra conducta oficial que se observa casi cotidianamente: La violación de la ley por el Estado persiguiendo, con sinceridad, finalidades públicas." (MAIRAL, *Las raíces…*, *op. cit.*)

[56] Aunque sí de otros futuros.

[57] En palabras de MAIRAL, "el Régimen de Contrataciones magnifica el principal defecto de la teoría del contrato administrativo, que es el de la indebida generalización. En lugar de reglar cuidadosamente cada una de las principales figuras contractuales que utiliza el Estado, y calibrar discriminadamente las prerrogativas que la Administración necesita en cada caso para asegurar el cumplimiento de sus cometidos, se han previsto las prerrogativas máximas que el Estado puede invocar y se las ha declarado aplicables prácticamente a todos los contratos que él celebra." (MAIRAL, "La teoría…," *op. cit.*, p. 17.)

[58] Según surge del artículo 26 del decreto 436/00, si este mecanismo realmente fuera una opción, sería de aplicación prioritaria en compras por menos de $75.000. No es lo que pasa.

[59] Al analizar los artículos 21 y 22 del decreto 1.023/01 y 118 y ss. del decreto 436/00 que rigen en materia de compras informatizadas, se entienden cabalmente las razones de su falta de aplicación

La Argentina ha logrado establecer precios "spot" para la compraventa de megavatios de electricidad: ¿Cómo no va a ser posible lograr mecanismos similares para la compra de algunos —no todos— de los insumos habitualmente comprados por el Estado? Y no hará falta más que contar dentro del organismo de que se trate con crédito presupuestario disponible, con la decisión de afectarlo y un sistema informático centralizado que apareje demanda con ofertas, sancionando el precio y el oferente adjudicado en cada caso, en tiempo real.[60] No hablamos de comprar un reactor nuclear: Hablamos de compulsar los precios de artículos de fácil categorización tales como hojas, bolígrafos, lápices, clips, para los que incluso existen normas de estandarización industrial (ISO, IRAM, etc.) a las que se puede acudir para simplificar el procedimiento reposando en las certificaciones obtenidas. No debería ser tan complicado si existiese la real voluntad de concretarlo.

Mientras mantengamos formatos anquilosados y de pretendida aplicación universal a todas las compras del Estado, sin aprovechar las características diferenciales de los productos procurados con asiduidad, el tizne de lentitud, ineficacia e ineficiencia que hoy cubre a la *licitación pública* se mantendrá incólume hasta el punto de quedar inescindiblemente adherido. GORDILLO lo ha dicho con claridad: Se corre el riesgo —ya vivimos sus consecuencias— de que la licitación pública quede asociada con "una indebida connotación emotiva, totalmente superflua y negativa, de excesivos formalismos, pérdida de tiempo, engorrosos trámites [...] Todo lo que hace a formalismos, formulismos, complicaciones, etc., no son sino distorsiones propias de las burocracia, para nada imputables al procedimiento mismo de selección competitiva y pública de ofertas."[61] Debemos reformular la licitación pública, no arrumbarla en los hechos mientras la ponderamos en las palabras.

real. Es incluso más complicado de comprender que el ya barroco sistema tradicional y no evita, en lo fundamental, grandes pasos. Como bien se ha dicho, "debemos admitir que los avances hasta la fecha han sido parciales. En primer lugar, a pesar de haber transcurrido casi cinco años desde el dictado del Decreto Nº 1.023/01, la regulación integral prevista en el Artículo 22 se encuentra aún pendiente de sanción, al igual que muchas de las normas previstas en la reglamentación de la Ley de Firma Digital." (CORRÁ, MARÍA INÉS, "Breves apuntes sobre la contratación pública electrónica," *RAP* 334:50.) Esperemos que el reciente decreto 1818/06 sirva de base para una más generalizada aplicación del sistema de compras informatizadas, aunque más no sea para las contrataciones directas por trámite simplificado. Los datos de la realidad me obligan a ser cauto en mis expectativas a este respecto.

[60] La redacción de los artículos 21 y 22 del decreto 1.023/01 no hace necesaria una reforma del régimen para concretar nuevas alternativas para la selección del contratista, ya que expresamente difirió la cuestión a la reglamentación que, en términos efectivos, nunca llegó.

[61] GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.2, *La defensa del usuario y el administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. XII, § 2, p. XII-6.

6.1.2. *La publicidad, enemiga de la* Publicidad

Tal vez el título elegido pueda parecer extraño al lector, pero pido su indulgencia para explicarme. Muchas veces, la valía indudable de los principios que se enuncian en las normas, al momento de encontrar su reflejo en la realidad, termina desdibujada.

La *Publicidad* es un principio esencial de las contrataciones del Estado, por cuanto a partir de ella se logran dos objetivos primordiales: (i) La posibilidad de controlar los actos de gobierno (entendidos como actos de cualquiera de los tres poderes); y (ii) la mayor concurrencia de oferentes que derivará —en un contexto normal— en mayor competencia, mejores ofertas y mejores precios.

A veces, por los tiempos que insume llegar a publicar los avisos; a veces por la inutilidad de los medios previstos en la norma; a veces, porque termina encareciendo el procedimiento sin por ello lograr los resultados esperados, la herramienta elegida para cumplir con el principio de *publicidad* se convierte en su peor enemigo.

Recuerdo de mi paso por la administración pública las épicas corridas para llegar a publicar en tiempo los avisos exigidos por las normas. No es tarea sencilla. Es que hay que hacer en tiempo y forma el trámite que libere los fondos para el aviso, ¡como si los trámites propios de la selección del contratista no alcanzaran! Y, en definitiva, la sensación que queda a cualquier funcionario que haya tenido contacto con el sistema de compras y contrataciones no es otra que la de haber cumplido con un mero ritualismo del que no derivará la presentación de más ofertas. Sería tanto más efectivo hacer de www.argentinacompra.gov.ar un verdadero portal de compras del Estado, este sí publicitado agresivamente por medios masivos de comunicación.[62] Hoy no lo es.

Se concentrarían de este modo los esfuerzos comunicacionales y de verdadera publicidad en la herramienta misma,[63] el portal, efecto que se trasladaría al sistema completo y a cada compra publicada en él. Claro que ello debería venir precedido de un mecanismo que haga imposible realizar un procedimiento de selección del contratista sin la previa publicación en Internet, cosa que hoy no ocurre con eficacia. Bastaría con que el sistema que permite realizar la afectación preventiva y el compromiso presupuestario —sin el cual no se puede realizar el llamado— exigiera una clave de validación que entregara la ONC al encontrar publicado en su página el aviso. Este tipo de mecanismo no es exigido por el *novel* decreto 1818/06 que vino a imponer la obligatoriedad del sistema para los

[62] GORDILLO ya protestaba en este sentido en 2003, en su *Tratado de derecho administrativo,* t.2, *La defensa del usuario y el administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ª ed., cap. XII, § 3, p. XII-10. La publicidad que hoy se realiza en algunos diarios digitales no alcanza y difícilmente ello suceda si, una vez que el usuario ingresa al portal, los accesos a la información no son ágiles.

[63] Imagine el lector la publicidad que podría realizarse si se concentraran los millones que se gastan por año en cumplir con publicidades rituales en la efectiva difusión del portal de la ONC.

trámites simplificados. También sería necesario un diseño más amigable del portal de la ONC, que hoy no lo tiene.

Pero a las demoras que genera la mera publicación de los avisos, se suma un desincentivo acaso más fuerte: El costo. Un aviso de 3 columnas (10,4 cm.) por 10 cm. en el suplemento económico de *La Nación* del día domingo cuesta entre $6.818 y $10.398. El mismo aviso en la sección principal del diario cuesta entre $8.855 y 15.803. Si esta misma publicación se hiciera en *Clarín*, los costos estarían entre los $15.504 y $30.244.[64] A estos se suman los costos de publicación en el Boletín Oficial que, contrariamente a lo que el imaginario pueda indicar, no es gratuito para las jurisdicciones de la administración y tampoco para quien lo consulta, salvo durante el día mismo de su publicación y únicamente por Internet.[65]

Imaginemos una compra por licitación pública que se ubique en el piso de las bandas admitidas. ($300.000.) Se exige, en este caso, la publicación de avisos en dos diarios de circulación nacional, por los cuales deberán pagarse los precios que he presentado a modo de ejemplo. Cumplir con la publicidad en la modalidad exigida representaría un sobre-costo aproximado del 10% del precio de la contratación.

Cada repartición trata de preservar para aquello que sus autoridades consideran más importante las partidas que se le asignan y, en caso de destinar dinero a publicidad,[66] seguramente preferirán hacerlo en acciones de mayor impacto que la compra de materiales de limpieza o la refacción de la sala de calderas. Desconocer esta realidad no tiene sentido práctico.

Es así que llego al título de este acápite. Tengo la impresión de que muchas de las herramientas de publicidad previstas en las normas comentadas son *pour la galerie* y no hacen más que servir de relleno en los considerandos de los actos de adjudicación. Son engorrosas y demoran innecesariamente la incorporación del bien, la provisión del insumo o la prestación del servicio, haciendo menos atractivo el procedimiento que los exija. Encima son caras. Se convierte así a la publicidad, paradójicamente, en el principal enemigo de la *Publicidad*. Es tiempo de pensar en mejores herramientas de comunicación que sirvan el propósito de acrecentar la participación de oferentes en las licitaciones y de invitar a un mayor control social, que de eso se trata todo esto.

[64] Datos del 29-XI-06 obtenidos de una importante agencia dedicada a la venta de espacios publicitarios que trabaja con el sector público.

[65] Recientemente se ha adoptado un primer paso en el sentido de hacer accesible el Boletín Oficial a la población, con la habilitación gratuita en su sitio de Internet (www.boletinoficial.gov.ar) de la edición del día. Parece mentira que el órgano de difusión por antonomasia, aquél del cual depende que se presuman conocidas las leyes y normas vigentes, no sea de acceso absolutamente gratuito y sin limitación temporal. Puedo llegar a comprender que se cobre la versión papel, pero nada en el mundo podría justificar el acceso arancelado por Internet. El sentido común lo impide.

[66] La forma en que las jurisdicciones deben solicitar la publicación de avisos en la administración centralizada merecería un artículo por sí misma.

6.1.3. *Mejor malo conocido, que bueno por conocer*

Muchas veces el motor para la elección de un mecanismo distinto de la licitación puede ser el de evitar caer en manos de un contratista poco confiable en términos de calidad, tiempos de entrega, capacidad logística, etc. Recurrir, entonces, a la *contratación directa sui generis* o a la lisa y llana *contratación directa* por alguna de las razones que la habilitan, puede ser la forma de evitar que aparezcan en escena jugadores "complicados" que, a no dudarlo, existen y muchos en el sector privado.

Alguien podría preguntarse cómo es que esta situación puede ser achacada al régimen de compras y contrataciones. Le contesto: Es a partir de pésimos sistemas de sanción de los contratistas incumplidores y de la registración de esas sanciones que debería servir de base para futuros procedimientos, que difícilmente sirven de herramienta para proteger al organismo —mucho menos a los funcionarios honestos— de los aventureros. Lo han logrado distintas empresas que brindan informes de riesgo y el propio Estado en materia crediticia y financiera, pero nunca lo han logrado los organismos licitantes.

Para colmo, si algún funcionario con las mejores intenciones llegara a excluir a un mal contratista al momento de la calificación de ofertas, seguramente soportará que todo el procedimiento a su cargo quede demorado en su resolución final por la presentación de escritos, medidas cautelares y hasta alguna denuncia penal, siempre útiles para dirimir procedimientos de selección del contratista. Preferirá el funcionario dejar sin efecto el procedimiento, si es que está a tiempo, o soportará junto con todos nuestros bolsillos los efectos de una mala contratación, antes de meterse en semejante berenjenal. Claro que la motivación del acto nada dirá al respecto.

6.1.4. *El abuso de las excepciones*

Hemos visto sólo algunos de los incentivos que se presentan para evitar la licitación en el sistema nacional de compras y contrataciones. Pero de nada servirían esos incentivos si no existiera una multiplicidad de vías de escape disponibles.

A la *contratación directa sui generis* y a la de *trámite simplificado* que ya hemos analizado se suman otras alternativas: La contratación directa entre organismos del Estado, aquella otra prevista para los contratos con las Universidades nacionales,[67] o el régimen de contratación directa preferente que rige —mientras dure la emergencia declarada por ley 25.561—[68] para el Ministerio de Desarrollo Social,[69] son algunos de los ejemplos de las vías adicionales de escape que exis-

[67] Según la reforma del decreto 1023/01 introducida por el decreto 204/04.

[68] La emergencia sigue vigente hoy, en pleno *boom* económico, por imperio de la ley 26.077. Todo indica que, en breve, será nuevamente prorrogada.

[69] El decreto 687/02 autorizó al Ministerio de Desarrollo Social, "mientras dure la emergencia pública en materia social declarada por ley 25.561, a contratar en forma directa la provisión de

ten, allí donde la voluntad política está presente. Ojalá se dedicara igual grado de creatividad para clarificar y simplificar útilmente el sistema en su conjunto.

6.1.5. *Las alternativas extra-sistema*

Pero aún si no alcanzaran las opciones dentro del sistema, se puede ir por fuera. Cada vez son más las formas por las que se gasta dinero público sin siquiera pasar por el sistema de compras y contrataciones del Estado. Desde las empresas en las que el Estado se ha involucrado, pasando por los entes cooperadores y llegando a los fideicomisos para desarrollo de infraestructura, se han creado infinidad de unidades "fantasma,"[70] en las que las normas brillan por su ausencia.

Cuando se contrata con "éxito" por fuera del sistema y se lo hace sin las "trabas" que impone la contratación pública, se les dan señales de aliento a quienes están dentro de la administración para seguir los mismo pasos. Es un proceso en franco crecimiento. Si, además, el tipo de tareas que estas estructuras tienen a su cargo requieren —como es el caso— de contrataciones por importantes sumas de dinero, vemos el tamaño del entuerto.

No se trata de impedir la creación de figuras más aptas para el cumplimiento de cometidos públicos. Se trata de crear **también** mecanismos de compras y contrataciones acordes con esas necesidades sin que ello suponga abstraerlos de los principios que rigen el manejo de dinero de los contribuyentes.

6.2. *Las palabras bajo la alfombra*

Otra de las cuestiones que los capítulos precedentes no alcanzan a explicar es la necesidad de moldear la realidad con el lenguaje, trocando la *licitación pública* por la *contratación directa* o la *licitación privada*.

Veamos. La ***contratación directa sui generis***, según las normas que la rigen,[71] es un procedimiento por el cual se invita puntualmente a proveedores habituales a presentar ofertas antes de una fecha límite, cumplida la cual se realiza el consabido acto de apertura, reflejado en un acta, con la presencia de quienes quiera se hayan enterado que esto ocurría. Cumplido este paso, se elabora el cuadro comparativo, se expide la comisión evaluadora y, luego de la compulsa, se preadjudica la contratación. Impugnaciones mediante, si es que las hubiera,[72]

aquellos bienes y servicios necesarios para paliar las situaciones derivadas de la misma, que pudieran existir actualmente en el país o producirse en el futuro." El mecanismo prevé la invitación por medio fehaciente a 3 proveedores habituales, siguiendo la línea marcada por la reglamentación para las *contrataciones directas sui generis*. Naturalmente, se exige una justificación suficiente mediante acto fundado, mecanismo complementado por la revisión previa al acto de adjudicación por parte de la SiGeN.

[70] Indetectables, como los aviones con tecnología *stealth*, que vuelan sin ser registrados por los radares.

[71] En especial, el artículo 25(d.1) del decreto 1.023/01 y los artículos 18, 19, 20, 22(a), 26 y 27 del decreto 436/00.

[72] Y siempre que no se trate de una contratación directa por trámite simplificado.

y previa intervención del servicio jurídico —si tenemos suerte— se dicta el acto de adjudicación.

Si bien se trata de un procedimiento con plazos más breves y que evita la obligatoria publicidad del llamado establecida en la *licitación pública*, en sus rasgos principales verificamos que hay convocatoria, ofertas, acta de apertura de sobres, comisión evaluadora, compulsa de precios, preadjudicación. Es mamífero, peludo, tiene cuatro patas y bigotes, maúlla… es ¿perro? En lugar de llamar a este procedimiento *licitación abreviada,* se lo ha llamado ***contratación directa***.

Recuerdo que en 2004, al tratar el tema por primera vez, me dirigí al diccionario de la Real Academia Española, no en busca de la verdad revelada —que allí no se encuentra, si es que existe— sino pensando que tal vez estaba errado en el entendimiento de estos términos y que el saber general que el diccionario pretende captar podía desasnarme. Sin embargo, no hizo más que profundizar mis dudas.

Contratación es —para el lego a quien va dirigida la convocatoria a presentar ofertas— *comercio y trato de géneros vendibles*. Claro que lo importante era la palabra que calificaba a esa contratación. *Directa* es, según la misma fuente: (del lat., part. pas. de *dirigere*, dirigir) 1. *Derecho, en línea recta*; 2. *Que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios*; 3. *Que se encamina derechamente a una mira u objeto.* De ello surge que la *contratación directa* es —para el ciudadano medio que viendo el aviso en el diario deseara comprender su significado a través de un diccionario— algo cercano a *comerciar géneros vendibles de una parte* —el vendedor— *a la otra* —el Estado,— *en línea recta, en forma dirigida, sin detenerse.* Pues no fue muy distinto el sentido que encontraron muchos alumnos en aquél procedimiento de la Facultad de Medicina de 2004 que inicialmente llamó mi atención. Al ver reproducido el aviso en diversas carteleras de la Facultad, preguntaron: "Si es directa, ¿para qué la publican?"

Otro tanto ha sucedido con las bien llamadas *licitaciones* o *concursos abreviados*, según la redacción original del artículo 25 del decreto 1.023/01.[73] El diablo metió la cola en algo más que el número de registro del decreto 666/03: En su artículo 8° se resolvió —necesidad y urgencia mediante— sustituir en todo el texto del decreto delegado 1.023/01 la referencia a la *licitación o concurso abreviados* por la de *licitación o concurso privados.* Veamos la motivación de este cambio.

Según surge de los considerandos del decreto 666/03, los términos licitación o concurso abreviados "no se corresponden con los de Licitación o Concurso Privados habitualmente utilizados en anteriores normativas y que fueran recepcionados (sic)[74] por el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por Decreto Nº 436/2000." Lla-

[73] En la Ciudad de Buenos Aires, la reciente ley 2.095 las ha denominado *contrataciones menores* en su artículo 38.

[74] Sobre el mal uso de esta palabra, ver la sección *¿Sabía Ud.?* en la solapa de la *RPA* 2006-2, disponible también *on line* en www.respublicaargentina.com.

mativamente, sigue diciendo: "[C]on el fin de evitar interpretaciones inadecuadas de la normativa que lleven a una aplicación errónea de la misma, y con el objeto de unificar dicha terminología con la utilizada en materia de Obras Públicas, resulta conveniente modificar la actual denominación de «Licitación o Concurso Abreviado» volviendo a utilizar los términos «Licitaciones o Concursos Privados.»"

Este proceso dista de ser ingenuo: Cada vez que se denomina *contratación directa* a un procedimiento que, en realidad, no es de adjudicación directa sino competitiva; cada vez que se llama *licitación privada* a un procedimiento que no es privado sino público, aumenta la dosis de un veneno que, por imperceptible, es aún más nocivo. Se adormecen los reflejos de quienes poco a poco asimilamos una nueva construcción de sentido. Para quien se entera de la existencia de una *contratación directa* o de un *concurso privado* y no forma parte del círculo en el que esta terminología puede ser decodificada correctamente, no tendrá sentido intentar participar de ella: Es directa, es para alguien ya definido; es privada, no puedo intervenir.

Así, *el lenguaje levanta una doble muralla* entre el sentido común del ciudadano medio y la operación jurídica en cuestión. En una primera instancia, por ahuyentar miradas no deseadas; en una segunda, por mantener una jerga común entre la administración y contratistas habituales, a quienes se invita —aquí sí en forma directa y creciente— a participar de los procesos de compras y contrataciones para unos pocos, convenientemente dificultosa para los nuevos interesados, práctica bien que contraria a los principios declamados en los decretos en cuestión y a normas legales y supra-legales igualmente aplicables y exigibles a la administración.[75]

7. *Algunas reflexiones con final abierto*

No tengo dudas de que quienes tenemos interés en la cosa pública debemos aportar ideas y esfuerzos para dotar a los funcionarios decentes de las mejores herramientas posibles para la gestión del Estado en sus tres poderes. Tampoco tengo dudas sobre la necesidad de hacerle la vida difícil a quienes intentan enriquecerse acudiendo para ello al abuso de la confianza que le fue depositada por la comunidad. En la tensión entre la necesidad de mecanismos de control adecuados y el binomio eficacia-eficiencia, debe primar la imaginación y la creatividad para buscar herramientas que, sin resentir estos principios, logren los resultados deseados.[76] Esto es lo que debe suceder para que una licitación pública repensada y versátil recupere el espacio que ha perdido en los hechos.

[75] Para una mejor comprensión del bloque normativo que rige en Argentina en materia de lucha contra corrupción, me remito al trabajo de GORDILLO, AGUSTÍN, "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

[76] Como ha sostenido MAIRAL, "[m]uchas situaciones de corrupción real o aparente (esta última también nociva para el prestigio del Estado) se evitarían recordando que el procedimiento de la licitación pública persigue simultáneamente fines públicos diversos, ninguno de los cuales debe sa-

La tecnología y las comunicaciones de 2006 seguramente lo permiten, al menos en una gran cantidad de operaciones.

Pero entiendo —con datos que lo avalan— que no se están dedicando los esfuerzos necesarios para lograr esos avances o, al menos, no hay resultados trascendentes para mostrar. He presentado algunas muestras en este artículo, pero lejos están de agotar las que pueden encontrarse. Quien quiera estudiar las operaciones realizadas a través de fideicomisos, el régimen de fondos rotatorios y caja chica, o el increíblemente vigente pago por legítimo abono podrá encontrar ejemplos tanto o más significativos que los tratados en los capítulos 4 y 5, con el agravante de que no están registrados e informados públicamente.

Es perfectamente entendible que, al abordar el fenómeno de la transparencia en la gestión del Estado, sea más atractivo para los profesionales de las ciencias sociales estudiar los desvíos producidos en grandes contrataciones, sea por su trascendencia para la comunidad o por su monto. Pero hablamos aquí de la vida cotidiana de la administración, allí donde la moralidad media encuentra su definición; donde la pequeña defección del funcionario de carrera, tolerada por el funcionario político, se convierte en el contrato tácito de silencio que deja a salvo los grandes desaguisados que pasen delante de sus ojos: Una mano lava la otra y las dos lavan la cara.[77] Es en la compra de pintura, de sillas giratorias o de un acondicionador de aire en donde el ciudadano común se contacta con el sistema de compras del Estado.

Es desconcertante —y tal vez me quedo corto en el calificativo— que sigamos dedicando miles de horas cátedra y ríos de tinta a desentrañar las particularidades de la *licitación pública*, cuando ella representa sólo el 10% del total de procedimientos realizados por el Estado nacional y una porción cada vez menor del total de pesos gastados. Pero afirmar que la *licitación pública* ha perdido la batalla ante la *contratación directa* no implica ensalzar, mucho menos adherir, al actual formato de la licitación pública. No es posible que para dejar formalmente tranquilos a los funcionarios y a los tardíos escrutadores de los órganos de control se inventen farragosos procedimientos que no son más que cosmética y no aportan ni transparencia, ni eficiencia, ni eficacia.

Ante esta situación, nos debemos un debate acallado: ¿Hemos priorizado la forma sobre el fondo? ¿Es sostenible una *licitación pública* definida a partir de anacrónicos paradigmas de administración gubernamental y las más de las veces

crificarse en aras del otro: No sólo la mayor eficiencia en las compras sino también la transparencia en la contratación debe respetarse." (MAIRAL, *Las raíces…*, *op. cit.*)

[77] NIETO GARCÍA lo ha dicho con toda claridad, al señalar que "a la hora de actuar corruptamente, casi siempre ha de haber un funcionario que actúe como cómplice o cooperador necesario (en estrictos términos jurídico penales) del autor político. Cada maniobra de corrupción política precisa de ordinaria la complicidad o la cooperación de un funcionario que, como mínimo, ha de redactar los informes «técnicos» de cobertura y en ocasiones es el que materialmente la ejecuta. El funcionario proporciona, en suma, la hoja de parra con la que se pretende disimular la escandalosa figura de la corrupción desnuda." (NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 453.)

inútiles rigorismos formales? ¿Debe haber un único tipo de *licitación pública*, o tantas como modalidades de ella resulten útiles a los principios que debieran informarla? ¿No es tiempo de repensar la categoría misma de la *licitación pública*, tal como la hemos estudiado, para que realmente sea la regla general del sistema, idónea para satisfacer las necesidades de un Estado moderno? Ante estas y otras preguntas que el lector podrá sumar, mantenernos impertérritos es, lamentablemente, pedir asiento entre los violinistas del *Titanic*.

Nadie que crea en el sistema republicano de gobierno puede quitarle el carácter *público* a las compras y contrataciones del Estado, ni tan siquiera en las palabras. Mucho menos puede llamarse *directo* o *privado* a lo que no lo es. No se trata de grandes invenciones, sino de acercar el lenguaje de la administración al de los administrados, en busca de un mayor control de los operadores del sistema.[78] Y, como hemos visto, ese control es incluso más necesario cuando, por la fuerza de los incentivos del propio sistema, de la costumbre o de la conveniencia, la administración se resiste al cambio o, peor aún, promueve normas que aseguran el *statu quo* en el peor sentido posible.

El Congreso ya ha perdido el control presupuestario y hasta las ganas de ejercerlo,[79] aun cuando el gasto consolidado del sector público no deja de crecer.[80] Los órganos de control —institucionalmente llamados a actuar en prevención de estas desviaciones sistémicas— dicen años más tarde lo que todos sabían en tiempo oportuno, o directamente no dicen nada.[81] Así lo demuestran las memorias

[78] Ya hemos logrado que los decretos-leyes se conviertan inadvertidamente en leyes. Ver en este sentido la interesante polémica entre GORDILLO y CAMPOLIETI en "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional," *LL*, Sup. Adm., octubre 2006. En este mismo sentido, ver el trabajo de MILJIKER, MARÍA EVA, "¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico," en prensa y de YACOVINO, CECILIA, "Borrando la marca de la bestia," en prensa y próximo a salir en *RPA*. También hemos logrado que la prisión o reclusión perpetua jamás sean perpetuas: La perpetuidad dura sólo 20 años, en contra de lo que el sentido común y el deseo de justicia imponen. No podemos luego sorprendernos por el descrédito de las instituciones.

[79] En este sentido, es interesante el planteo de SCIBONA, NÉSTOR, *op. cit.* Allí se señala no sólo la implicancia de que el presupuesto resulte ahora maleable en sus partidas, sino también la novedosa herramienta discrecional que nace de presupuestar un crecimiento y una recaudación menores a las realmente estimadas.

[80] Las recientes modificaciones a la Ley de Administración Financiera, que hicieron del presupuesto un mero rosario de intenciones enteramente moldeable a los designios de uno de los poderes del Estado no van en el camino deseado, al menos en mi criterio.

[81] Como ha dicho REJTMAN FARAH, "[e]l control parecería ser, en muchos casos, sólo formal, y, a veces, hasta casi vacío de contenido. Se suele verificar sólo la adecuación de los contratos a las formas extrínsecas. Más allá de eso, cómo se toman las decisiones o cómo se ha ejecutado un contrato, qué factores extrínsecos o intrínsecos han influido en su conformación, en su celebración, en su desarrollo, son frecuentemente cuestiones supuestamente menores no consideradas regularmente por quienes tienen a su cargo el control de los actos públicos. Qué consecuencias disvaliosas derivan como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos, cuánto se alteraron valores esenciales a la cosa pública, entre ellos la transparencia, no suelen ser, con la debida sistematicidad objeto de análisis." (REJTMAN FARAH, MARIO, "Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia," en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad. Suplemento Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004. p. 121.)

e informes de la AGN, por ejemplo, en los que nada se dice sobre las cuestiones que planteo en este artículo, pese a que cuentan con los datos, con el personal y con la especialización para hacerlo.[82] Nos queda confiar en el control social, allí donde exista, y en el poder de la justicia en la decisión del caso concreto.[83]

Nada de lo que en este artículo he reflejado puede ser tenido por realmente novedoso. Es lo que vemos a diario, sólo que en primer plano y con las luces encendidas: Los números son siempre más difíciles de ignorar. En definitiva y como se dijo antes de ahora, "*he relatao a mi modo / males que conocen todos / pero que naides contó.*"[84] Ciertamente, no es tarea grata. *Eppur scrivo.*

[82] Para mantener la homogeneidad en el análisis, he repasado las memorias de la Auditoría General de la Nación de los años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005. En ninguna de ellas se señala nada parecido al análisis realizado en este artículo. Sólo pueden encontrarse referencias puntuales a contrataciones directas por urgencia en las que se recomendó a determinados organismos justificar mejor la necesidad de acudir a ese mecanismo o a contratos de "significación económica" en los que se realizan observaciones formales. Resulta difícil de comprender cómo no merece un análisis más detallado una desviación de los principios de contrataciones del Estado de la magnitud de la que vengo de presentar. Son datos a los que la AGN tenía acceso.

[83] En este sentido, resulta de lectura imprescindible el debate entre Bonina y Diana sobre las formas en la contratación pública. Ver en Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, "Contrapunto. Sobre las formas en los contratos administrativos," *LL*, Supl. Administrativo, *en prensa*.

[84] Hernández, José, *El Gaucho Martín Fierro*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 147 (2315).

Capítulo XXVI

LA MUTACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO[1]

Por Agustín Gordillo

Estar en estas Jornadas de homenaje a Julio Comadira es un acto mínimo de homenaje a quien creara este trascendente evento científico y académico nacional, que continuamente seguimos viendo y haciendo merced a la participación que se nos brinda, disfrutando y aprovechando humana y científicamente. Pero también parece de algún modo contrariar el hecho que sabemos, sentimos, que su espíritu y casi hasta su persona están firmemente presentes entre nosotros, indeleblemente marcados en nuestros corazones y en nuestra mente.

Todos vivimos hoy esta singular experiencia espiritual, todos estamos de alguna manera dirigiéndonos a él como si estuviera entre nosotros, puesto que efectivamente lo está. Es en esa tónica que escribí y publiqué mi homenaje póstumo en los siguientes términos:

"[…] recordamos a Julio Rodolfo Comadira: Su serena e inconmovible fe en el Señor le hará más fácil comprender lo que a los demás nos cuesta tanto, verlo irse de entre nosotros cuando estaba en plena producción de su madurez científica, aún joven, lleno de proyectos, de vida, de libros, de ideas, de intensa actividad académica creadora. Nos queda al menos el consuelo de que ciertamente descansa en la paz del Señor. Julio, te extrañamos y te queremos mucho."

El tema que concita puntualmente mi presencia es un tema que le era muy caro a Comadira, que iniciaba cada año de la maestría convidando a los autores en disputa en el tema de contratos administrativos y agregando mi nombre. Este año no pude estar, y hago ahora públicamente mi toma de posición en la controversia que iniciara Mairal acerca de la peligrosidad de la teoría del contrato administrativo. Uno de los contendores en la disputa reprochaba mi silencio y parece entonces hora de brindarle su respuesta.

[1] Publicado originalmente en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, RAP, 2007, pp. 835-8.

Empiezo por recordar a mi querido amigo y maestro JORGE TRISTÁN BOSCH que una vez me dijo: "Mire Gordillo, está muy bien todo lo que usted hace para que el derecho administrativo no lesione las garantías individuales, ¿pero no cree que sería mejor eliminarlo directamente?"

Algo parecido es lo que nos plantea MAIRAL, y ha sido otro jurista del derecho administrativo argentino, que al participar en la elaboración del Decreto Nº 1.023/01 viene a darle plenamente la razón, demostrando su extrema peligrosidad en manos de funcionarios públicos no siempre caracterizados por la honestidad ni la razonabilidad. Una o la otra pueden faltar, pero más a menudo faltan ambas, repotenciadas al amparo de las normas y principios que algunos de los cultores de esta rama del derecho argentino contemporáneo fueran desarrollando últimamente para hipertrofiar las potestades de la administración y atrofiar los derechos de los particulares. Ahora les ha tocado sufrir el destino que les avisara BRECHT: "Hoy vienen por mí, mañana vendrán por tí." Ahora vinieron por ellos.

Ese decreto, más allá de todas las peripecias del debate que iniciara MAIRAL, es la demostración más terminante que sea posible de esa peligrosidad, como lo demuestra el trabajo que publicara el mismo MAIRAL en el libro colectivo *El contrato Administrativo* en la actualidad de la editorial La Ley, en el año 2004, bajo el título "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," cuya lectura enfáticamente recomiendo desde mis notas al *Curso de Derecho Administrativo* de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, que acaba de editar La Ley en la Argentina hace pocos días.

Los sucesos que brindan en los últimos años las emergencias permanentes provocadas desde el mismo poder público, como lo ha hecho notar entre otros ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, demuestran todavía más, que las restricciones transitorias a nuestros derechos duran más que nuestra vida física y se transforman, para cada individuo en particular, en permanentes por lo que a su ciclo vital se refiere.

Ya antes había dicho MAIRAL, a su vez recordado por PÉREZ HUALDE: "Cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene." Me refiero a su trabajo "El impacto de la crisis económica en el derecho" publicado en *Doctrina Pública*, XXVI-2, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 239-245.

La intervención del Estado en la economía se ha desbordado nuevamente, volviendo a tiempos pretéritos con el agravante de que ahora se hace en el marco de esa emergencia perpetua y todo lo que ello conlleva en materia de una peligrosísima hiperconcentración del poder presidencial. El Presidente de la Corte Suprema nos dice el 10 de mayo en *Jurisprudencia Argentina*: "La democracia sin república no sólo es contraria a la Constitución, es también extremadamente peligrosa."

Pero si esto lo tiene que decir en un artículo de doctrina es porque el tribunal mismo, sea el supremo o los de grado, no llega a tiempo con sus pronunciamientos para frenar el fenómeno en ciernes; no cuando se halla plenamente consumado.

Es que, como decía en privado alguna vez García Pullés, ya parece no importar a nadie salvo a algunos juristas del derecho administrativo, si una norma es de rango legislativo o administrativo, basta que sea una norma escrita emanada del Estado. La justicia cada vez llega menos a tiempo, agotada por el desborde del corralito, para impedir que esos despropósitos sean parte integrante del derecho administrativo viviente, real, punzante, hiriente.

Los fallos están cada vez más distanciados en el tiempo a contar de la perpetración del daño, y por ende cada vez resultan más inapropiados para impedir la prevención de daños, por más activismo judicial que haya en tal sentido, recordando las palabras que también emplea Petracchi en su artículo "Derechos Humanos y Poder Judicial" de *Jurisprudencia Argentina* del 10 de mayo, ya citado y aparecido hoy.

El control de los servicios privatizados no tiene la contundencia que debiera, porque en primer lugar se debe transar constantemente acerca de cuántas violaciones a sus derechos estarán los contratistas dispuestos a aceptar, por cuánto tiempo, cómo, hasta dónde, mientras las inversiones se paralizan, los servicios se tornan nuevamente obsoletos y además escasos.

Se puede así reconstruir un viejo chiste de la época del "rodrigazo" diciendo que hay una noticia mala y otra noticia mala. La primera noticia mala es que los servicios van a ser cada vez peores; la segunda noticia mala es que no van a alcanzar para todos y quizás para nadie, en pocos años más.

Casi no puede decirse que exista contrato administrativo que funcione, hoy, al menos contrato administrativo que tenga algo que ver con lo que los libros explican y enseñan. La tesis de Mairal se ve así también corroborada por los hechos del presente y por el germen de futuro que se avizora en el horizonte, no porque necesitara de comprobación sino porque la historia se ha encargado de reforzarla, por si alguien se animara a abrigar dudas sobre la peligrosidad de la noción, que es la peligrosidad a la que han llevado a todo el derecho administrativo algunos cultores del derecho administrativo a favor del poder de turno, permanentemente del lado del poder, sin importar quién lo ejerza. Hay hasta un clima de temor, como lo dijera con ejemplos Pepe Eliaschev el 7 de mayo en Perfil, bajo el provocador título "Síndrome de Estocolmo." Amamos a quien nos priva de la libertad.

No hay en la actualidad contrato administrativo que no sea peligroso para los derechos del contratista, lo que tampoco se traduce en tutela del usuario y del consumidor, aunque la CSJN en el fallo *Ferreira* de marzo del corriente año trate de revertir la tendencia iniciada en *Colavita*. Sendos comentarios del día de hoy, de Jorge M. Galdós en *Jurisprudencia Argentina* con fecha 10 de mayo, y de José Luis Correa en La Ley de hoy viernes 19, lo explicitan y a ellos me remito.

Al contrato entre particulares no le va mejor, es cierto, como también lo explicara Mairal, pero allí al menos la reacción jurisprudencial es más inmediata

y busca soluciones de contemporización que no satisfacen a nadie, deudores ni acreedores.

Pero en el derecho administrativo el problema es mucho más de fondo, porque ya parece estar armado para favorecer los negociados y la corrupción, la lisa y llana extorsión al particular, como lo explica MAIRAL en Las bases legales de la corrupción, un libro de próxima aparición por la editorial Rap que dirige nuestro común amigo EDUARDO MERTEHIKIAN, desde la colección de monografías que iniciará dentro de dicha editorial la nueva revista *Res publica Argentina*, y que MAIRAL me ha brindado el honor de pedirme que lo prologue.

El contrato administrativo, al que siempre expliqué en términos descriptivos conforme lo que parecía ser hasta entonces el estado de nuestra legislación y nuestra jurisprudencia, sigue en acelerada mutación, y esa acelerada mutación lo ha colocado en el centro de la prevención que anunciara MAIRAL hace años, la primera vez, con carácter general, en 1971, en la *Revista de la Unión Industrial Argentina*, que cito en *La administración paralela*.

Hoy la descripción ya no puede más ignorar cuál es la realidad que subyace a la relación. Utilizando palabras del propio presidente de la CSJN en el citado artículo del 10 de mayo en *Jurisprudencia Argentina*, se trata nada más y nada menos que de "comprobaciones empíricas en las que prevalece su inmediata comprensión por encima de toda pretensión intelectual."

En lugar de fin de la historia, PETRACCHI habla allí de la "aceleración de la historia" y su sentido originario lo apropio para mí en este contexto del derecho administrativo argentino actual, en que la mutación del contrato administrativo parece estar en permanente y creciente aceleración, en la demostración irremediable de su probada y cada vez mayor peligrosidad.

El debate que iniciara MAIRAL ha concluido. Tenía razón. Hoy está demostrado en los hechos.

Capítulo XXVII

DESENCUENTROS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS

Por Mario Rejtman Farah

Sumario

I. *Introducción* 485

II. *El pliego como ley del contrato* 487

III. *El principio de igualdad* 490

IV. *La licitación pública como procedimiento general de selección del contratista estatal* 493

V. *La responsabilidad de los funcionarios públicos en materia de contrataciones* 496

VI. *El principio de concurrencia* 497

VII. *La publicidad de las actuaciones* 498

VIII. *La necesidad que las contrataciones públicas sean transparentes* 502

IX. *Las contrataciones públicas y la participación ciudadana* 504

X. *Abrir nuevas discusiones. A modo de conclusión* 505

Capítulo XXVII

DESENCUENTROS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS[1, *]

Por Mario Rejtman Farah

I. Introducción

Al momento de definir el título de este trabajo vacilamos respecto a si debíamos formularlo como un interrogante. Temimos incurrir en una imprudente generalización o exageración. Pero debemos admitir que la administración pública nos presenta un panorama bastante desolador cuando, con contumaz rebeldía, ignora en materia de contrataciones públicas, la fuerza de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (En adelante, indistintamente, CSJN o Corte Suprema.)

Tal vez esta conducta no se refiere ni es sólo patrimonio exclusivo de esta materia. El comportamiento de la administración pública luego de dictadas por el Máximo Tribunal las sentencias recaídas en la causa *Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios*[2] respecto al reajuste o movilidad de las jubilaciones o la dictada en autos *Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros*[3] con relación al saneamiento del Riachuelo constituyen, en este sentido, una señal de alerta en la misma línea a la expuesta en el presente trabajo. Es una moderna versión de Hernán Cortes, cuando alzando sobre su cabeza la real cédula recibida de la Junta de Valladolid, afirmó que aquélla, aunque se acataba, no se cumplía.

[1] Publicado originalmente en Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Anivesario, La Ley, 2010, p. 197.

* La verdad se vuelve inverosímil con el paso del tiempo. Se aleja, y entonces parece fábula, o ya no más la verdad. A mí mismo me parecen ficticios episodios que yo he vivido. (Javier Marías, "Tu rostro mañana, Fiebre y Lanza.")

[2] CSJN, *Fallos*, 329: 3089 y 330: 4866.

[3] CSJN, *Fallos*, 329: 2316.

Esta frecuente inobservancia, desconocimiento o violación de la doctrina judicial emanada de las sentencias dictadas por la CSJN constituye un nada despreciable testimonio de la conflictiva relación entre prácticas y normas, situación a la que se han referido diferentes autores,[4] ignorándose así el rol que tiene el Poder Judicial como garante del mantenimiento de la ley.

La entidad de las interpretaciones efectuadas en diferentes materias por la CSJN es una cuestión no discutida en el ámbito del derecho administrativo, en tanto aquéllas constituyen, dado su origen, un modo privilegiado de concebir las regulaciones en materia de contratos públicos, con un innegable carácter imperativo. Afirma AGUSTÍN GORDILLO que "[…] la jurisprudencia no es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales."[5] No es poco.

El derecho es una práctica social discursiva y las resoluciones de la Corte Federal, interpretándolo y aplicándolo, no son solo palabras. Nuestro propósito es analizar a partir de ello qué grado de influencia tienen o han tenido dichos pronunciamientos al momento en que la administración pública regula o resuelve aspectos relacionados con la contratación administrativa o al momento de seleccionar a un contratista estatal o en oportunidad de celebrar o ejecutar un contrato administrativo. En otras palabras analizar si resultan operativos o si funcionan en la realidad, la doctrina o las interpretaciones que surgen de la jurisprudencia de la CSJN y de qué modo han sido receptados por la administración pública algunos de los principios que emanan de sus fallos.

La conducta de ésta al momento de resolver cuestiones diversas vinculadas a las contrataciones públicas refleja la escasa incidencia que los fallos del Máximo Tribunal tienen sobre aquélla. Hemos seleccionado algunos ejemplos que pueden resultar muestra suficiente para fundar esta afirmación. Muchos tomados de la propia regulación de los contratos administrativos que a través del decreto delegado 1023/01 efectuara el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la delegación legislativa prevista en la Ley Nº 25.414.

[4] El fenómeno de la desobediencia legal ha sido analizado minuciosamente por CARLOS NINO en su señero trabajo *Un país al margen de la ley: un estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1995. También AGUSTÍN GORDILLO ha expuesto con notable precisión diversas notas de un parasistema administrativo que corre por caminos diferentes a las normas que lo regulan. Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, "*La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*," Madrid, Civitas, 1982, 1ª ed., Madrid, Civitas, 2001, 3ª reimpresión. Nos hemos referido también a estas contradicciones en REJTMAN FARAH, MARIO, "Un país sin ley ni justicia" en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, p. 177 y ss. y más recientemente, desde otra perspectiva, en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 1-22.

[5] Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., cap. VII-43.

II. El pliego como ley del contrato

Toda la actividad administrativa está sujeta a la ley. Los pliegos que rigen una contratación administrativa adquieren, analógicamente, tal carácter. La obligación de someterse al orden jurídico hace inaplicable a los contratos administrativos el principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho privado. Sobre todo ello ha hecho hincapié la Corte Suprema, entre otros precedentes, en la causa *Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos*[6] al resolver que en esta materia se excluye la posibilidad que se introduzcan, a través de los pliegos o de circulares aclaratorias, previsiones que se aparten de las normas que rigen el procedimiento.

Una de las consecuencias más relevantes de lo expuesto es que la administración no tiene libertad para determinar, más allá de la ley, el contenido de los contratos o para establecer las obligaciones que de él pueden derivarse.[7]

En el mencionado precedente se sentó la doctrina conforme la cual "en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la administración… se halla[n] sujeta[s] al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes…"

Ello obliga a la administración no sólo a cumplir con la ley sino a aplicarla e interpretarla en forma razonable consecuencia, además, de la garantía del debido proceso sustantivo que exige, como lo contempla la Constitución Española, que esté asegurado "el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos."[8]

El Máximo Tribunal ratificó en la causa *S.A. Organización Coordinadora Argentina c/Secretaría de Inteligencia de Estado*,[9] en el sentido aquí indicado, que los contratos administrativos se encuentran subordinados a una legalidad imperativa.

En virtud de este principio, la administración sólo debe hacer pues lo que le está permitido por la ley pues de lo contrario su actuación lesiona la seguridad jurídica que el derecho debe preservar. Ninguna actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa de la potestad correspondiente para producirla.[10]

[6] CSJN, *Fallos*, 316: 3157.

[7] Ampliar en Rejtman Farah, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, *op. cit.*, p. 43 y ss.

[8] Conforme la Constitución Española de 1978, Título Preliminar, art. 9 apartado 3.

[9] CSJN, *Fallos*, 321: 174.

[10] Una de las aristas de esta cuestión, y algunas de las consecuencias que de ella se derivan, puede verse en Mairal, Héctor, "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en AA.VV., Gordillo, Agustín (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires,

En la causa *Serra Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*[11] la Corte Suprema había ya sentado este principio, conforme el cual la administración está "positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa." También se había referido a esta cuestión en la causa *Naveiro de la Serna de Lopez H.*[12] y en uno de los votos recaídos en la causa *Credimax S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/ nulidad de resolución*[13] donde se sostuvo que el principio de legalidad "importa la vinculación y sujeción de la administración pública al bloque de la legalidad."

Tal como también lo dijera, a través del voto de la mayoría en la causa *Cadipsa S.A. c/Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo*[14] para que un derecho encuentre fundamento es menester que su contenido se ajuste a los principios generales de la materia y para indagar tal condición debe tenerse presente que la integración de los contratos administrativos presupone la subordinación de sus disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias pertinentes.

Finalmente, en similar sentido al hasta aquí expuesto, la Corte Federal resolvió en la causa *El Rincón de los Artistas c/Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas s/ordinario*[15] que "los contratos públicos están sujetos a contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos y que, en consecuencia, no resulta legítimo en las bases del llamado a licitación insertar cláusulas que no respeten las disposiciones vigentes."

Ahora bien, cabe preguntarnos, tal como lo propone Agustín Gordillo,[16] a qué nos estamos refiriendo cuando mencionamos al principio de legalidad y qué ocurre en la realidad.

Sobrados casos muestran el escaso acatamiento que con frecuencia ha tenido la mencionada y reiterada doctrina jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal al respecto.

Así, pese a la flagrante violación al principio de defensa en juicio, a principios y normas que regulan al procedimiento administrativo en general y al de selección del contratista público en particular y a la ausencia total de potestad legal o reglamentaria que habilite a hacerlo, ha sido práctica habitual exigir como

La Ley, Mayo 2004, p. 3 y ss. Del mismo autor, ver "De la inutilidad o peligrosidad de una teoría general del contrato administrativo," *ED*, 179: 675, "El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo," *ED*, 180: 849, "La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano," *EDA*, 00/01-525 y Bustamante, Jorge Eduardo, "La teoría del contrato administrativo," en AA.VV., *Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, RAP, 2000, p. 215 y ss.

[11] CSJN, *Fallos*, 316: 2454.

[12] CSJN, *Fallos*, 315: 2271.

[13] CSJN, *Fallos*, 317: 1340.

[14] CSJN, *Fallos*, 323: 1146.

[15] CSJN, *Fallos*, 326: 3700.

[16] Ampliar en Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 76 y ss.

requisito previo para recurrir actos pre-contractuales la constitución de una garantía de impugnación.

Esta exigencia viola claramente el principio de legalidad al que la CSJN hiciera reiterada referencia y en el que pusiera especial énfasis. Las únicas garantías normativamente contempladas en el régimen de contrataciones aprobado por decreto delegado 1023/01 son aquéllas previstas para asegurar por parte de los oferentes y adjudicatarios el cumplimiento de sus obligaciones. No es éste el caso. La administración, ignorando que sólo debe hacer lo que le está permitido, suele imponer como recaudo previo para presentar una impugnación en el marco del procedimiento de selección, la constitución de esta garantía en franco desconocimiento del principio aquí tratado.[17] Esta obligación fue irrazonablemente contemplada a través del decreto 1105/89 (art. 18, incs. 1 y 2, f) y j) en el restringido ámbito de trámites vinculados a procedimientos licitatorios vinculados con las privatizaciones. Fue entonces ilegal. Lo sigue siendo hoy cuando se la requiere en pliegos que ni siquiera están vinculados a dicho proceso.[18]

La Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, indistintamente, PTN) las admitió pues a su juicio ellas no restringían el derecho a recurrir ni constituían, conforme tal criterio, una limitación para impugnar la actividad administrativa ni para el ejercicio del derecho de defensa, en el marco de un proceso de selección. Entendió que eran un medio idóneo para evitar la presentación de impugnaciones injustificadas a través de las cuales se pretendiera dilatar el procedimiento licitatorio.[19] Modificó luego tal criterio en un auspicioso dictamen[20] pero debe advertirse que, al menos hasta la fecha, existe sólo tal precedente.

La administración incluye también en los pliegos licitarios otra ilegítima obligación para los oferentes: Que denuncien las demandas o reclamos que tienen en trámite contra el Estado, violando así garantías reconocidas por la Constitución Nacional. La exigencia de presentar una declaración jurada de juicios pendientes atenta contra el constitucional derecho a la defensa en juicio. El art. 12º apartado e) del "Pliego único de bases y condiciones generales para la adquisición, enajenación y contrataciones de servicios," aprobado por Resolución ME 843/00 expresamente exige que los oferentes, entre otra información que deben sumi-

[17] Nos hemos referido a esta cuestión y a la violación constitucional que se deriva de la exigencia de imponer tal obligación en Rejtman Farah, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública*, *op. cit.*, cap. VIII. Cabe apuntar que, además, quien impugna aún constituyendo esta irrazonable garantía puede verse enfrentado con el rechazo de su presentación por no haber adquirido el pliego, si ello era obligatorio. Como bien lo señala Carlos Alfredo Botassi la legitimación para impugnar el pliego o la adjudicación debe ser amplia incluso para quien no compró aquél. Ver al respecto del mencionado autor *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti Editora, 1996.

[18] En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires esta garantía reconoce origen legal, aunque no por ello deja de ser irrazonable y, consiguientemente, inconstitucional. Está prevista en el art. 99 de la ley de compras 2095 en relación con la impugnación a la preadjudicación.

[19] Conforme lo ha sostenido la PTN, entre otros, en *Dictámenes*, 202: 151.

[20] PTN, *Dictámenes*, 257: 151.

nistrar, denuncien con carácter de declaración jurada si mantienen o no juicios con el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas, individualizando en tal casos los datos de las respectivas causas. Prevé también que tal información pueda ser verificada por la PTN. ¿Estará excluido del procedimiento de selección el proponente que los haya iniciado? ¿Cuál es la consecuencia de litigar contra el Estado? ¿Existe alguna norma que autorice a la administración a incluir tal inconstitucional exigencia?

Suele requerirse también, en clara violación a la ley aplicable, acreditar haber realizado prestaciones o ejecutado obras similares a las que se van a contratar en cierto período anterior a la futura adjudicación. Tal requerimiento, en muchos casos, resulta irrazonable pues ni la experiencia técnica ni la idoneidad económico financiera se vinculan, al menos como regla general, con trabajos previos ejecutados en un arbitrario período de años de antelación a la contratación. La exigencia deviene así en irrazonable.

Como con acierto señala ANDREUCCI[21] quienes celebran un contrato regido preponderantemente por el derecho administrativo "poseen la facultad de dar nacimiento a una situación jurídica hasta entonces inexistente. No pueden, sin embargo, hacerlo con una libertad ilimitada, sus poderes se encuentran regulados no solo en los tiempos posteriores a su celebración (ejecución de lo convenido) sino también en los momentos iniciales." Los ejemplos precedentemente mencionados traducen lo contrario.

III. El principio de igualdad

La CSJN ha insistido, a través de múltiples pronunciamientos, en la prohibición de apartarse, con posterioridad a la adjudicación, de las previsiones incluidas en el pliego de condiciones, para garantizar que se aplique éste en forma igualitaria a todos los oferentes o adjudicatarios. Entre otros antecedentes, en la ya mencionada causa *Hotel Internacional Iguazú S. A. c/Nación Argentina*[22] expresó que la licitación pública es un procedimiento caracterizado por ser una invitación para que los interesados, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas por lo que la ley de la licitación o la ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario. En el mismo sentido, en *Vicente Robles SAMCICIF. c/Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/nulidad de resoluciones*[23] la mayoría del Tribunal expresó que "La

[21] Ampliar en ANDREUCCI, CARLOS A., "Contratación Pública: sistemas de selección. Transparencia Pública" en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 801 y ss.

[22] CSJN, *Fallos*, 308: 618.

[23] CSJN, *Fallos*, 316: 382.

ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario." Resolvió también en la misma causa que "la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad." (Considerando 14 del voto de la mayoría.)

Por ello la igualdad que protege el principio general de la inmodificabilidad posterior de los pliegos, garantiza un amplio y legítimo acceso a la contratación administrativa, al mantener en un mismo plano y dar igual trato, a quienes se postulan para contratar.

Reafirmando la necesidad de respetar el principio de igualdad la CSJN reiteró en la causa *Provincia de Mendoza c/Empresa Constructora F. H. Schmidt*[24] que "es absolutamente nulo el contrato que, debiendo celebrarse previa licitación, la desvirtúa por la inclusión de cláusulas sustanciales modificatorias de las generales de aquélla" por lo que declaró la nulidad de un contrato administrativo en el que una de sus cláusulas no figuraba en las bases de la licitación.[25] Resolvió también en la causa *Radeljak Juan Carlos c/Administración General de Puertos s/ordinario*[26] que "la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad," pues el pliego es el que especifica el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones de los proponentes, de los oferentes y del que resulte finalmente adjudicatario. Resolvió también que era nulo un contrato en el que la Administración había aceptado condiciones no previstas en los pliegos, introducidas por el co-contratante al momento de presentar su oferta,[27] en tanto ello rompía la igualdad entre los licitantes.

Conforme también se expresara en la causa *Estela Delia Correa de Martín c/Universidad Nacional de San Juan*,[28] "el establecimiento en los procesos de selección, ya sea concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o de concursantes, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta [...]. Por el contrario se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la Administración como el resguardo de los propios derechos de los participantes que también requieren de datos objetivos a esos efectos." La pacífica jurisprudencia aquí mencionada ha tenido por finalidad asegurar el principio de igualdad de trato a todos los oferentes sin discriminación

[24] CSJN, *Fallos*, 179: 249.

[25] Por lo que entendió que la cláusula de un contrato, que no figuraba en las bases de la licitación autorizaba al contratista para suspender la obra y ocasionaba la nulidad absoluta del contrato.

[26] CSJN, *Fallos*, 311: 2831. Ver también, entre otros, *Fallos*, 314: 491.

[27] CSJN, *Fallos*, 179: 249 precedentemente citado. En el caso, la empresa introdujo en su propuesta modificaciones no previstas en los pliegos, entre ellas algunas vinculadas a las consecuencias que tendría para ella la falta de pago por parte de la administración.

[28] CSJN, *Fallos*, 315: 2899, considerando 12 de la disidencia del Dr. Barra.

ni preferencias subjetivas, conforme las garantías consagradas por los artículos 18 y 16 de la Constitución Nacional.

La inalterabilidad de las condiciones previstas en las bases del llamado, de acuerdo a la pacífica jurisprudencia aquí mencionada, ha sido considerada por la PTN como una "natural derivación del dogma de la igualdad que debe imperar entre los oferentes"[29] por lo que en alguna ocasión sostuvo el alto organismo de asesoramiento de la administración que para que puedan introducirse válidamente modificaciones en un contrato, que no afecten el principio de igualdad, "debían darse circunstancias sobrevinientes e imprevistas."[30]

Sin embargo tal interpretación varió en diversas oportunidades. En ciertos precedentes del mismo organismo asesor se justificaron modificaciones al pliego original atendiendo a razones "de conveniencia mutua," relativizándose la pacífica doctrina antes enunciada de nuestro Superior Tribunal, admitiéndose alteraciones en consideración "a las múltiples facetas, a veces abstractamente imprevisibles, que emanaban de la compleja realidad de los diversos supuestos concretos sometidos a su consideración."[31]

En otros casos atendiendo a supuestas "singularidades del caso,"[32] el mismo organismo no se ajustó a lo interpretado por la CSJN respecto a este principio. Sostuvo asimismo que aquél no era absoluto en tanto "no pueden verse perturbados los objetivos del Estado [...] por un excesivo rigorismo interpretativo en el alcance de las garantías individuales," criterio luego reiterado en otras ocasiones.[33]

Para justificar tal interpretación argumentó que "aquel principio no solo se ha impuesto en beneficio de los administrados concurrentes a la licitación sino que, a la vez, han tenido por objeto esencial el de garantizar al organismo licitante la posibilidad de acceder a la oferta más conveniente […]." Es por ello que para la PTN debían supuestamente equilibrarse ambos valores, a saber: Por un lado el principio de igualdad en mira a la situación de los oferentes, y, por el otro, aquel mismo principio y su debido respeto, frente a razones de bien común, de interés general.[34] Admitió de tal modo la ulterior modificación de las condiciones previstas en un contrato, pues a su juicio se podía poner en riesgo el cumplimiento del contrato y con él, el de los objetivos tenidos en cuenta por el Estado Nacional al suscribirlo.

En otras oportunidades admitió que un contrato no se ajustara a las condiciones originales, si mediaban cuestiones técnicas, aún cuando ellas hubieran preexistido al llamado.[35] Para apartarse del principio de igualdad tantas veces

[29] PTN, *Dictámenes*, 217: 115.
[30] PTN, *Dictámenes*, 245: 367.
[31] PTN, *Dictámenes*, 217: 115, precedentemente citado.
[32] PTN, *Dictámenes*, 159: 326.
[33] PTN, *Dictámenes*, 164: 82 y 202: 48.
[34] PTN, *Dictámenes*, 159: 326, 217: 115, entre otros.
[35] PTN, *Dictámenes*, 195: 87, vinculado a una cuestión donde se ponía en juego la vigencia del principio aquí tratado en el proceso de privatización de la entonces Empresa Nacional de Teleco-

mencionado por la CSJN se alegó asimismo en dicha oportunidad, la complejidad de la operatoria, argumentándose que "[...] por las propias connotaciones del pliego y la complejidad de la operación, es razonable pensar que los parámetros iniciales contenidos en el Pliego de Condiciones sufrieran diversas adecuaciones hasta llegar a los proyectos definitivos de contratación, toda vez que, como quedó dicho, era el propio Pliego el que preveía la suscripción ulterior de un contrato a fin de integrar el conjunto de disposiciones necesarias para la operatividad de los actos implementados."

Como con acierto se ha afirmado, a partir de este amplio criterio de admisibilidad de la mutabilidad de los contratos y consiguiente violación al principio de igualdad reafirmado con singular claridad por la CSJN, la administración pública parece mostrar que válidamente lo que se firma hoy puede modificarse mañana.[36]

Otra muestra más del oscilante acatamiento que tiene la administración respecto a principios y doctrina sentada por la CSJN, en este caso a través de dictámenes de su más alto organismo asesor.

IV. La licitación pública como procedimiento general de selección del contratista estatal

Es doctrina pacíficamente sostenida por la CSJN que para que exista un contrato administrativo es menester que la administración cumpla con las formas y procedimientos esenciales para su celebración.[37] El decreto delegado 1023/01 estableció, luego de una oscilante interpretación jurisprudencial[38] que dicha forma y procedimiento era la licitación pública. El art. 24º del citado decreto contempla pues que la selección del co-contratante para la ejecución de los contratos contemplados en dicho régimen debe hacerse por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda. La ley 13.064 adopta igual temperamento al disponer que las obras públicas deben ser adjudicadas mediante lo que, en su redacción original, llamó *subasta* o *remate*. (Denominaciones reemplazadas luego

municaciones.

[36] Ampliar en Ugolini, Daniela B., "El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos," *ED*, 148: 869.

[37] Ver así las sentencias recaídas en las causas *Hotel Internacional Iguazú S.A. c/Estado Nacional*, *Fallos*, 308: 618, al igual que en *Radeljak Juan Carlos c/Administración General de Puertos s/ordinario*, *Fallos*, 311: 2831, en *Vicente Robles SAMCICIF c/Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/nulidad de resoluciones*, *Fallos*, 316: 382 o en *Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, *Fallos*, 323: 3924.

[38] La CSJN sostuvo en un principio que se debía celebrar una licitación pública en los casos en que el ordenamiento positivo lo exigiera en forma taxativa, conforme lo expresara en la causa *Meridiano SCA c/Administración General de Puertos*, *Fallos*, 301: 292. Ver al respecto Pedro J. J. Coviello, "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN," en obra colectiva, *La contratación pública*, Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 90. Con posterioridad la conclusión fue otra: La licitación pública, salvo previsión expresa en contrario, debía ser el principio general de selección. Ver al respecto, entre otros, CSJN, *Stamei S.R.L. c/Universidad Nacional de Buenos Aires*, 1987, *Fallos*, 310: 2278. Ver además, entre otros, *Fallos*, 308: 618, 311: 2831, 316: 382, 323: 1515, 323: 3924 y 329: 5976.

por la expresión licitación pública, conforme lo previsto en el art. 34º del decreto delegado 1023/01, modificatorio de los artículos 4º, 11º y 17º de la aludida ley.)

Frente a un caso en el que la contratación no se había llevado cabo a través de una licitación pública, la CSJN concluyó, conforme lo resuelto en el leading case *Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Santiago del Estero, Provincia de, (Ministerio de Economía) s/cobro de pesos*,[39] que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se hallaba íntimamente vinculada a la forma en que éste quedaba legalmente perfeccionado. Por ello el Tribunal insistió que cuando se exige una forma determinada para la conclusión de un contrato, ella debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de existencia de éste.

El Máximo Tribunal señaló también en la causa *Punte Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/cumplimiento de contrato*[40] que "[…] cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia."[41]

Para nuestra Corte Federal, conforme lo resolviera en la causa *Stamei SRL c/Universidad Nacional de Buenos Aires*[42] sólo cuando se configura alguna de las excepciones precisadas taxativamente queda el Estado autorizado a licitar privadamente o a contratar de manera directa. La prescindencia del proceso previo de selección que tales excepciones comportan, no pueden obviamente, quedar librada al arbitrio del administración ni extenderse a otros supuestos que no sean los que la norma prevé, por lo que cuando la licitación pública es requerida por la ley, su omisión vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación el contrato celebrado con el contratista.

De allí que también declaró inadmisible, a través del fallo dictado en la causa *Cardiocorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*,[43] la pretensión procesal de reclamar al Estado obligaciones que derivarían de un supuesto contrato en tanto aquél no había sido celebrado con las formalidades establecidas para su formación.

Los hechos, sin embargo, muestran una peculiar realidad. La licitación pública no es, en modo alguno, el procedimiento general al que apela la administración para contratar bienes y servicios. Como bien se ha dicho "la regla es la contratación directa, aun si para ello debe hacerse un poco de cosmética al momento de definir el procedimiento de selección del contratista."[44] Respaldan esta afirma-

[39] CSJN, *Fallos*, 323: 1515, donde se mantuvo la misma interpretación que la recaída, entre otras, en la causa *Hotel Internacional Iguazú S.A. c/Gobierno Nacional*, *Fallos*, 308: 618.

[40] CSJN, *Fallos*, 329: 809.

[41] Ver también, entre otros los precedentes CSJN, *Fallos*, 323: 1515, 324: 3019.

[42] CSJN, *Fallos*, 310: 2278.

[43] CSJN, *Fallos*, 329: 5976.

[44] Conforme lo señala García Sanz, Agustín A. M., "Licitación pública v. contratación directa ¿la batalla perdida?," Buenos Aires, *RPA*, 2006 -3, p 75.

ción las propias estadísticas que publica en su página web la Oficina Nacional de Contrataciones. (ONC.)

Surge de dicha información que las licitaciones públicas celebradas por los diferentes organismos alcanzados por las previsiones del decreto delegado 1023/01 fueron sólo de alrededor del 12% al 15% en el período 2004 - 2008 y un 19,3% en el año 2009, sin considerar las contrataciones no informadas y las efectuadas a través de mecanismos que no requieren comunicación a ese órgano rector.

Los datos que informa la ONC respecto a las contrataciones directas celebradas a través de dicho mecanismo en razón de su monto, parecen incluso indicar, como con acierto se ha señalado "que la adopción de la contratación directa — sui generis o propiamente dichas— o la licitación pública como herramienta para la selección del contratista no está determinada por el monto que las normas fijan como bisagra, sino por otras razones no escritas pero igualmente presentes" [por lo que] "o se están desdoblando las licitaciones para que el compromiso preventivo de presupuesto esté por debajo del tope; o se están realizando justiprecios por debajo de la realidad de mercado parar lograr encajar la compra en la modalidad de contratación directa; o se está acudiendo más allá de lo debido a las excepciones que permiten realizar contrataciones directas propiamente dichas y, de entre ellas, la más usada, la contratación directa por razones de urgencia."[45]

Tal pues como opera el sistema en la realidad la licitación pública no es para la administración pública el procedimiento general de contratación. Hemos expuesto en anterior ocasión algunas de las razones que provocan esta paradojal situación[46] y nos hemos referido también a las particulares interpretaciones que se han efectuado para que esta situación se haya consolidado a través del tiempo. Sea pues por encontrar la contratación directa amparo en algunas de las causales previstas como de excepción —frecuentemente sin fundamentos de hecho que habiliten a hacerlo— o por acudirse a mecanismos tales como los legítimos abonos, la utilización de fondos rotatorios, las contrataciones celebradas por caja chica o a través de la administración de fondos fiduciarios, lo concreto es que en la realidad administrativa el principio general de la licitación pública como procedimiento de selección al que la CSJN ha hecho referencia no tiene real incidencia. Y ello sin mencionar lo que hemos denominado "la reglamentación fantasma todavía vigente"[47] —el decreto 436/00— que prevé inadmisiblemente que el procedimiento de selección puede determinarse por diversas circunstancias no previstas expresamente.

[45] Ver nota anterior.

[46] Ver Rejtman Farah, Mario, "Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones administrativas," en *Cuestiones de Contratos Administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira,* Buenos Aires, RAP, 2007, p. 908 y ss.

[47] Ver Rejtman Farah, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, *op. cit.*, cap. I.

V. La responsabilidad de los funcionarios públicos en materia de contrataciones

Otro de los principios generales que signan la contratación administrativa es el de la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que las hayan celebrado. Constituye una aplicación particular del principio general de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios. Pese al impulso que desde antaño se ha dado al tema y el amplio consenso que existe respecto a la necesidad que exista una amplia responsabilización de ambos, el panorama presenta diversos claro oscuros y retrocesos.[48]

Para la CSJN esta responsabilidad existe en función del bien jurídico tutelado: el adecuado funcionamiento de la administración o la correcta prestación de los servicios públicos. Así en la causa *Houlin Rosa María c/Universidad de Buenos Aires*[49] señaló que tales objetivos constituyen la primacía en la materia administrativa disciplinaria.

Existe sin embargo una notoria falta de responsabilización de los funcionarios a cuyo cargo está la celebración de las contrataciones públicas. La mayoría de ellos, conforme los montos previstos para autorizar y adjudicar, se desempeñan en cargos extra escalafonarios.

No existe para éstos un régimen de responsabilidad disciplinaria la que rige sólo para el personal alcanzado por el Reglamento de Investigaciones Administrativas de la Función Pública. (Decreto 467/99.)

La administración no cuenta tampoco con un sistema para determinar la responsabilidad administrativa de quienes hayan intervenido en una contratación administrativa en violación a sus obligaciones y deberes legalmente impuestos. La realidad indica, además, que pocas veces se utilizan los procedimientos destinados a hacer efectiva la responsabilidad penal.[50]

Tales omisiones tornan más ilusoria aún la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Tal como lo afirma AGUSTÍN GORDILLO, "en ninguna colección de jurisprudencia se encuentra sino pocos casos de efectiva responsabilización de un servidor público"[51] por lo que, conforme lo señala "…en la Argentina se previó pero no existe de hecho, responsabilidad del agente estatal."[52] En definitiva un nuevo

[48] Hemos hecho referencia a esta cuestión en REJTMAN FARAH, MARIO, "Hacia un debilitamiento de la responsabilidad estatal? Mitos y realidades," en *Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, *op. cit*. Desde una perspectiva más global, ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *The Future of Latin America: Can de EU Help?*, Prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, London, Esperia Publications, 2003.

[49] CSJN, *Fallos*, 307: 295.

[50] Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, "Algunas propuestas superadoras frente a una concepción formalista en relación con el derecho al control," en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010, p. 213 y ss.

[51] Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. p. XIX-3 y ss.

[52] Ver nota anterior.

desencuentro entre la responsabilidad impulsada por la Corte Federal y la realidad de la administración pública.

VI. El principio de concurrencia

Es éste, a nuestro modo de ver, el principio más importante en relación a la licitación pública. La finalidad perseguida a través de dicho procedimiento es encontrar la propuesta más conveniente entre la mayor pluralidad posible de interesados.[53]

Así se desprende de lo resuelto por la CSJN en la ya mencionada causa *Cardiocorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*,[54] donde se sentó como doctrina que el procedimiento de la licitación pública es la regla general para la selección en tanto la más amplia competencia entre distintas ofertas permite a la administración obtener los mejores productos al precio más conveniente y evitar la existencia de sobreprecios.

Ello no impide que la administración incluya con frecuencia barreras artificiosas, recaudos excesivos o no necesarios, exigencias formales o condiciones irrazonables violando este principio liminar de la contratación administrativa sobre el que la Corte Suprema ha hecho particular referencia.

Al momento de dictar el decreto delegado 1023/01 la administración puso de manifiesto otra contradicción y desconocimiento de este principio, al prever en el art. 16º del régimen de contrataciones la posibilidad de desestimar las ofertas de quienes exhiban reiterados incumplimientos de sus obligaciones. Tal previsión constituye, además de una arbitraria restricción a la libre competencia aquí tratada, la violación a la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, a la que la CSJN se ha referido en múltiples ocasiones, pues desconoce la necesidad de contar con una resolución sancionatoria firme en sede administrativa para poder considerar que ha mediado un incumplimiento que justifique excluir del procedimiento o de la adjudicación a quien se encuentre en tal situación, en tanto no exista una sanción que justifique tal limitación.

Por cierto el principio de concurrencia supone también que existan por parte del mercado conductas francas y leales para lo cual la administración no suele prever mecanismos que prevengan y sancionen, en el marco de una licitación pública, actos de connivencia ilegítimos entre los oferentes, para asegurar una efectiva competencia por parte de éstos. Ello pese a que, como lo puntualizara la CSJN en la causa *Copimex C.A.C.e I.S.A. c/Alesia SACIF y AG*[55] es necesario

[53] Así lo sostiene, entre otros, GORDILLO, AGUSTÍN, "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública," en *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, cap. VII, p. VII-1 y ss., del mismo autor, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *op. cit.*, p. XII-15. Hemos abordado las diversas cuestiones involucradas en relación con este principio en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de contrataciones de la administración nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, cap. VIII.

[54] CSJN, *Fallos*, 329: 5976.

[55] CSJN, *Fallos*, 314: 899.

evitar que se burle el procedimiento licitatorio a través de acuerdos espurios entre empresas, lo que sin duda afecta irremediablemente el principio aquí tratado.

La Oficina Anticorrupción (OA) identificó en un estudio realizado en el año 2000,[56] la frecuencia con que se registraba la formación de pools de proveedores que cartelizaban la venta de ciertos bienes o la ejecución de obras o cómo se limitaba el ingreso de competidores y se afectaba el precio final del contrato. Había evidencia, se señaló allí, que ciertos proveedores no cumplían con los requisitos mínimos y ganaban licitaciones por medio de acuerdos con las autoridades políticas o con otros oferentes.

De información oficial brindada por la ONC surge, paralelamente, que los esfuerzos de la administración por impulsar una mayor y efectiva concurrencia sólo ha comenzado lentamente a revertirse en los últimos años. Sin embargo el número de postulantes interesados en contratar con el Estado sigue siendo ínfimo en relación con la cantidad de pequeñas, medianas o grandes empresas o personas físicas que proveen los bienes o servicios que habitualmente constituyen el objeto de las contrataciones estatales.

VII. La publicidad de las actuaciones

La publicidad de los actos de gobierno ha sido concebida por la CSJN como un derecho de los ciudadanos y una obligación del Estado.[57]

En diversos precedentes el Máximo Tribunal se ha referido a la necesidad de preservar el libre acceso a la información como un derecho fundamental. Pueden así citarse las sentencias recaídas en las causas *Urteaga, Facundo R. c/EN-Estado Mayor Conjunto de las FFAA*,[58] *Suárez Mason, Carlos G. s/homicidio*,[59] *Engel, Débora y Radice de Tatter, Idalina s/hábeas data*[60] y *Actuaciones relacionadas con la exportación de material bélico*,[61] *DGI c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/medidas cautelares*[62] y en *Monner Sans, Ricardo c/Fuerza Aérea Argentina s/amparo*.[63]

[56] Ver al respecto "Estudio exploratorio sobre transparencia en la Administración Pública Argentina: 1998 - 1999, Informe Preliminar," producido por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, 2000.

[57] Ampliar en SACRISTÁN, ESTELA B., " Acerca de los fundamentos constitucionales del derecho de acceso a la información en poder estatal," en AA.VV., *Estudios de Derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 645-675.

[58] CSJN, *Fallos*, 321: 2767.

[59] CSJN, *Fallos*, 321: 2031, especialmente considerando 7° *in fine* y cons. 14 del voto del Dr. Boggiano.

[60] CSJN, *Fallos*, 322: 1468.

[61] CSJN, *Fallos*, 322: 1809.

[62] CSJN, *Fallos*, 319: 71.

[63] CSJN, *Fallos*, 329: 4066.

El Máximo Tribunal resolvió también que una derivación del régimen republicano era la publicidad de los actos de gobierno. Ver así, entre otros fallos los recaídos en las *Pérez Arriaga, Antonio c/Diario La Prensa S.A.*, *Fallos*, 316: 1632, voto de los Dres. Boggiano y Petracchi; *Emisiones Platenses S.A. s/amparo*, *Fallos*, 320: 1191; *Ganora, Mario F. y otra s/hábeas corpus*, *Fallos*, 322: 2139 voto del Dr. Vázquez; *Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mendoza nº 1 - avocación - Pereyra González Carlos - Mestre Brizuela Eduardo - González Macías Juan s/expte. adm.*, *Fallos*, 320: 484; *Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios*, *Fallos*, 324: 2895, voto del Dr. Vázquez; *Keylián, Luis A. y otro c/Santillán, María Laura y otros s/sumario*, *Fallos*, 327: 3536 y el dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema o *Kook Weskott, Matías s/abuso deshonesto*, *Fallos*, 327: 2156.

El derecho de acceder a toda información vinculada con una contratación administrativa deriva también del principio del debido proceso adjetivo, que preside todo el procedimiento administrativo, consecuencia directa e inmediata de la garantía reconocida en el art. 18 de la Constitución Nacional. Supone el derecho de hacerlo sin restricciones,[64] salvo excepciones debidamente fundadas.

Nuestro Superior Tribunal se expidió en forma expresa sobre este principio, aplicado a los contratos administrativos, en *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/Petroquímica Bahía Blanca S.A.*[65] Haciendo suyos los términos del dictamen del señor Procurador General, a los que se remitió, resolvió allí que resultan aplicables a la licitación pública "los principios del debido proceso adjetivo (art. 1º inciso f) de la ley 19.549) en especial el derecho a ser oído (ídem, ap. 1º) que reglamentan el principio de mayor rango contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y que se concretan en disposiciones tales como los arts. 38 y 76 de la Reglamentación aprobada por decreto 1759/72 (reformado por decreto 3700/77), que prescriben el acceso de la parte a las actuaciones que no hayan sido declaradas reservadas o secretas." A la luz de lo expuesto concluyó que "la negativa a otorgar vista de las actuaciones […] constituye un acto ilegítimo, que vulnera derechos de raigambre constitucional."

[64] Ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, 9ª ed., *op. cit.*, p. IV-1 y ss. Ver también nuestra opinión sobre algunas cuestiones particulares vinculadas al tema en Rejtman Farah, Mario, "La cuestión de los plazos en el Procedimiento Administrativo," en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2006, p. 807 y ss. Más específicamente, ver también "El principio de transparencia en el procedimiento administrativo," en AA.VV., Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2005, p. 79 y ss. Ver, asimismo, Norberto Canosa, Armando, " La vista en el procedimiento administrativo," *ED*, 134-899.

[65] CSJN, *Fallos*, 311: 750.

Ha dicho también en el fallo recaído en la causa *Oxley César Oscar c/Provincia de Santa Fe*[66] respecto a la denegación de vista de actuaciones administrativas con fundamento en su reserva, que "[…] en el del natural proceder administrativo es principio esencial e insoslayable de nuestro sistema republicano el de la publicidad de los actos […] por lo que nadie […] puede ver frustrado su legítimo derecho por acusaciones o declaraciones abstractas y mucho menos secretas, respecto de las cuales no puede defenderse, pues ello implicaría exponerlo a posibles abusos de la autoridad pública que quedarían al margen de todo control […]."

¿De qué modo ha recogido el régimen general de contrataciones públicas aprobado por decreto delegado 1023/01 tal elemental principio republicano? Restringiéndolo. Así, y tal como lo prevé el art. 19º de dicha norma, la vista de un expediente administrativo vinculado al procedimiento precontractual sólo puede ser tomada por quien acredite fehacientemente algún interés. A esta limitación —la de acreditar el interés invocado— la misma previsión normativa sumó otra, previendo que dicho acceso no es posible durante la etapa de evaluación de las ofertas.[67]

A su vez el art. 62º del decreto 436/00 prevé que sólo puede tomar vista de las actuaciones aquél que acredite algún interés. La administración pública exige también, conforme dicho decreto, a contramano de principios, normas y garantías constitucionales que rigen en la materia y lo expresamente resuelto por la CSJN, que quien quiera acceder a las actuaciones debe *acreditar su interés por cualquier medio de prueba*. (Art. 63º del decreto 436/00.) La violación a las garantías constitucionales en juego se agrava aun más al preverse que "la toma de vista en ningún caso dará derecho al particular a efectuar presentaciones en el expediente por el que tramita la contratación."

Estas limitaciones son claramente inconstitucionales y se encuentran en contradicción con la doctrina emanada de nuestro Máximo Tribunal. La publicidad de las actuaciones y el acceso irrestricto de las partes interesadas al expediente administrativo por donde tramita una contratación administrativa, constituyen principios esenciales de la licitación pública, cuya limitación es sólo procedente en casos excepcionales y cuando existan causas objetivas para ello. Así lo reconoció también la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa *Finmeccánica Spa Area Alenia Difesa c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa*,[68] en la que la Sala I de dicho Tribunal estableció el carácter público de las actuaciones vinculadas al procedimiento de selección del contratista estatal.

[66] CSJN, *Fallos*, 306: 370, remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación.

[67] Hemos abordado esta cuestión en *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, *op. cit.*, p. 93 y ss.

[68] CNACAF, *Finmeccánica Spa Area Alenia Difesa c/Estado Nacional - Ministerio de Defensa*, Sala I, del 6-XI-98, *LL*, 1999-B, 517 y *LL*, 2000-C, 113, con nota de Laura Monti.

La Procuración del Tesoro de la Nación también ha tenido, en ocasiones, un criterio restrictivo, entendiendo que era válida la denegación de un pedido de vista a quien no acreditara ser titular de un interés legítimo. Sostuvo, en tal sentido, que si la pretensión del interesado se hallaba desprovista de tutela directa en el ordenamiento positivo, era facultad discrecional de la administración otorgar la posibilidad de acceder a tal solicitud.[69]

El mismo organismo asesor sostuvo también que no correspondía hacer lugar a un recurso interpuesto por dos abogados contra una resolución administrativa a través de la cual se rechazó una petición para que se les concediera vista de ciertas actuaciones y el acceso a información obrante en archivos de organismos administrativos.[70] Entendió que la facultad conferida a los abogados para requerir información se encontraba subordinada al cumplimiento de ciertos recaudos y, entre ellos, que los peticionantes la solicitaran como consecuencia del ejercicio de su profesión de abogados y en relación a antecedentes concernientes a cuestiones que les hubieran sido encomendadas.

La lectura de la realidad es también poco alentadora, conforme se desprende de numerosas sentencias que han ordenado a la administración, reticente a cumplir con esta obligación, otorgar el acceso a las actuaciones y brindar información frente a su negativa a hacerlo. La necesidad de acudir al ámbito jurisdiccional para obtener lo que la administración niega, constituye una muestra adicional de las restricciones que el derecho a la publicidad presenta en la realidad administrativa.

Por otra parte la administración, al amparo de la previsión contenida en el art. 25º del decreto delegado 1023/01, contrata con frecuencia en forma directa en virtud del supuesto secreto o reserva de ciertas actuaciones, sin respetar el principio general de la licitación pública, invocando *razones de seguridad o defensa nacional*, las que no motiva limitándose sólo a mencionarlas.

La CSJN afirmó, sin embargo en la ya mencionada causa *S. A. Organización Coordinadora Argentina c/Secretaría de Inteligencia del Estado*,[71] en relación con este principio de publicidad que "el secreto sólo rige respecto de ciertos actos en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correlativo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales se decide y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, la de contratar pues aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos."

[69] PTN, *Dictámenes*, 120: 272 y 206: 328, entre otros.
[70] PTN, *Dictámenes*, 185:75.
[71] CSJN, *Fallos*, 321: 174, considerando 8º.

A su vez, respecto a las contrataciones directas secretas, el criterio adoptado por la administración pública, conforme lo previsto por la ONC a través de la Circular N° 27/2007 es que no resulta obligatoria su difusión. Se omiten considerar de tal modo contrataciones en las que sólo debe ser reservado el contenido de las especificaciones técnicas, pero no su celebración. Otro supuesto a través del cual es violado o desconocido el principio de publicidad al que la Corte Federal se ha referido en múltiples ocasiones.

Es también vulnerado cuando, conforme lo prevé la Sindicatura General de la Nación, debe mantenerse la reserva respecto a las fuentes de información utilizadas por dicho organismo para la formulación de los precios testigos.[72] Tal como lo menciona el estudio exploratorio realizado por la Oficina Anticorrupción —antes citado— una de las tantas causas de la sobredimensión de precios es la falta de un sistema de precios testigo adecuado. Se mencionó allí que "[…] los precios vienen atrasados y retrasan el proceso licitatorio, la SIGEN repite precios de anteriores licitaciones que no reflejan los precios de mercado y nos los actualiza. Por otra parte los proveedores cotizan al Estado entre un 40% y un 70% más que el precio del mercado por una desconfianza a la demora del pago."

No es pues nuestra opinión. Es la de la propia administración. Para la CSJN la publicidad de los actos públicos es un derecho y una obligación. Para la administración pública, no tanto.

VIII. La necesidad que las contrataciones públicas sean transparentes

La CSJN ha resuelto que mantener la transparencia en las contrataciones administraciones constituye una cuestión liminar, insistiendo en la necesidad que exista transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública, conforme se desprende de lo resuelto en el caso *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios*.[73]

El mismo Alto Tribunal resolvió, en relación a este principio, a través de la sentencia recaída en la causa *Copimex CAC e I S.A. c/Alesia SACIF y AG*,[74] en un supuesto donde se había previsto la necesidad de contar con la previa conformidad de la Administración contratante para subcontratar, que esa exigencia tenía por objeto evitar acuerdos espurios entre empresas que afectaran la publicidad, igualdad y competencia propios del régimen jurídico de la licitación pública y, en consecuencia, su transparencia.

Tuvo también ocasión de establecer en la causa *Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/Agua y Energía Eléctrica S.E.*

[72] Conforme art. 11º de la Resolución Nº 79/2005 de la SIGEN, a los efectos de los antecedentes respaldatorios que sustentan los valores y conclusiones correspondientes a cada informe de precio testigo, la SIGEN reserva la confidencialidad respecto de tales actos.

[73] CSJN, *Fallos*, 329: 2316.

[74] CSJN, *Fallos*, 314: 899.

s/contrato administrativo,[75] un criterio de indubitable valor en relación a las consecuencias que se derivan de un proceder no transparente en una contratación pública. Resolvió allí que existe un interés general, propio de la comunidad, en que las gestiones de la administración, realizadas por sí mismas o mediante la colaboración de los particulares, se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética y a la transparencia que hacen nada menos que a la forma republicana de gobierno. (Considerando 16º del voto de la mayoría.)

Pese a ello, y por cierto a las múltiples previsiones legales dirigidas a hacer efectivo este principio, la transparencia en las contrataciones públicas es una asignatura aún pendiente. Es cierto que ninguna norma ni ninguna sentencia resultan suficientes, por sí solas, para orientar los comportamientos de los funcionarios públicos. No sólo por una fuerte anomia que parece alcanzar a gran parte de nuestro sistema social,[76] el que funciona con una fuerte cultura de la transgresión o tendencia a la ilegalidad[77] sino también porque, con frecuencia, el marco jurídico no se constituye en ordenador de las conductas sociales o es, directamente, causa de la corrupción.[78]

Muestra suficiente de ciertos comportamientos de la administración, en relación a la cuestión aquí tratada es la investigación efectuada por la Oficina Anticorrupción en el año 2007 en la que, a través de un riguroso estudio de campo a partir del análisis de diversas situaciones fácticas, mostró procedimientos o esquemas de organización que podrían funcionar como incentivos para favorecer hechos de corrupción.[79] La amplitud del tema aquí considerado nos impone la necesidad de remitirnos a lo que sobre el particular hemos expuesto en anteriores ocasiones.[80]

[75] CSJN, *Fallos*, 325: 1787.

[76] Ampliar en Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley: un estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, *op. cit.*, y en Rejtman Farah, Mario, "Un país sin ley ni justicia," en AA.VV., Scheibler, Guillermo (coord.), *El Derecho Administrativo en la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005.

[77] Conforme lo señala Isuani, Ernesto Aldo, "Fragmentación Social y Otras Cuestiones: Ensayos sobre Problemas Argentinos," en AA.VV., *Cuadernos de Investigación de FLACSO*, Buenos Aires, 2002. Ver también, Antonio Hernandez, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, *Argentina una sociedad anómica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, "Argentina después de la crisis. Un tiempo de oportunidades - Informe de Desarrollo Humano 2005," PNUD Buenos Aires; Gamallo, Gustavo, *Resetear la sociedad. Ideas de los jóvenes de la corrupción*, Oficina Anticorrupción, PNUD, Embajada Británica, Buenos Aires, PNUD, 2007.

[78] Ampliar en Mairal, Héctor, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, RAP, 2007.

[79] Ver al respecto "El estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las contrataciones públicas," Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, 2007, y lo expuesto en el prólogo de dicha publicación, por el entonces titular de dicha oficina, Abel Fleitas Ortiz de Rozas.

[80] En general en Rejtman Farah, Mario "Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia," en AA.VV., *El contrato administrativo en la actualidad*, Gordillo, Agustín (dir.), *op. cit.*, p. 103 y, con mayor extensión en Rejtman Farah, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública*, *op. cit.*, caps. V y VI. Un agudo análisis de la cuestión puede verse en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *op. cit.*, p. XII-9 y ss.

IX. Las contrataciones públicas y la participación ciudadana

La participación ciudadana es una obligación y un derecho consagrado en el art. 42 *in fine* de la Constitución Nacional de 1994. Como lo señalara la CSJN en la causa *Luis Cesar Rojo*,[81] la participación de los interesados supone la leal información de la existencia de la cuestión que les incumbe.

A las múltiples ventajas que se derivan de la participación de los potenciales oferentes en la elaboración de los pliegos, conforme lo señala GORDILLO,[82] cabe agregar su valor para afianzar la transparencia pública.

En la Conferencia Hemisférica celebrada en paralelo a la 40ª Asamblea General de la OEA, celebrada en Lima en junio de 2010, tuvimos oportunidad de referirnos a la entidad que puede tener dicha participación en materia de contrataciones públicas, aún cuando en sí misma aquélla no constituye garantía de juridicidad y presenta matices, claroscuros y aspectos que no pueden omitirse al momento de considerar su efectiva implementación.

Parecería que la administración no desconoce los beneficios de contar con procesos participativos en relación con los contratos administrativos. Así lo revelaría, en principio, la previsión contenida en el art. 8º del decreto delegado 1023/01, al contemplar la posibilidad de formular observaciones al proyecto de pliego "cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación." Sin embargo, paradójicamente, no existe previsión normativa alguna que prevea las condiciones para la celebración o impulsión ni, menos aún, la obligatoriedad de celebrar tales procesos participativos o consultivos.

El mencionado artículo deja además librado a una amplia discrecionalidad de la autoridad competente, la posibilidad de convocarlos o establecer un plazo para que los interesados formulen tales observaciones. El reglamento general para la elaboración participativa de normas, que como Anexo V fuera aprobado por el decreto 1172/03 no prevé tampoco como requisito obligatorio la celebración de estas reuniones públicas, otorgando sólo la potestad al funcionario convocante para realizar rondas de consultas tendientes a generar información útil para la toma de decisiones. Aún así, dichos encuentros, que pueden significar un avance para formular, en forma simultánea, observaciones o comentarios públicos al proyecto de pliego[83] se ha ido convirtiendo en un verdadero código mítico, atento

[81] CSJN, *Fallos*, 215: 357.

[82] Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *op. cit.*, p. XII-23.

[83] Ver sobre el tema el trabajo de BARAGLI, NÉSTOR, *Elaboración participada de Normas. Un espacio abierto para el debate de las decisiones públicas*, Buenos Aires, OA, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, 2007, 2ª ed.

su nula o escasa aplicación y la falta de impulso por quienes deberían incoar tales procedimientos en materia de contrataciones públicas.

X. Abrir nuevas discusiones. A modo de conclusión

La CSJN seguirá resolviendo cuestiones diversas en materia de contrataciones públicas. Los principios que se deriven de sus sentencias, ¿continuarán siendo desoídos?

Concentrarse en aquéllos y en la doctrina legal que surge de los fallos de nuestro Superior Tribunal no significa sólo repetirlos o mencionarlos, sino aplicarlos y hacerlos operativos.

Nos hemos limitado aquí a señalar algunas circunstancias que ilustran sobre los desencuentros a los que nos referimos en este trabajo, intentando de tal modo no presentar un debate abstracto ni calificar, sino antes bien describir, a través de diversos actos u omisiones de la administración, de qué modo se ve reflejada, en diversas ocasiones, la doctrina de la Corte Federal y cuán diferentes han sido los carriles recorridos por aquéllos y esta última.

Evitar estos desencuentros es un deber propio de todo sistema republicano y comenzar a respetar y acatar las resoluciones de la CSJN parece ser, en este sentido, el único camino posible.

Capítulo XXVIII

HACIA UNA NOCIÓN MÁS ACOTADA DEL ACTO ADMINISTRATIVO (DONDE SE EXPLICA CÓMO LOS ARGENTINOS PASAMOS, SIN DARNOS CUENTA, DE OBEDECER LA LEY A OBEDECER A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS)

Por Héctor A. Mairal

Sumario

1. Introducción 509
1.1. El principio de legalidad 509
1.2. Los meros pronunciamientos administrativos 511
1.3. La delimitación del campo de estudio 512
2. Acto administrativo y potestad administrativa 513
2.1. El acto administrativo como modificador de relaciones jurídicas 513
2.2. La necesidad de la presencia de una potestad administrativa 515
2.3. El acto administrativo como acto típico 520
2.4. La amplitud del concepto de función administrativa 521
2.5. ¿Funcionario o empleado público? 525
2.6. El impacto del decreto-ley 19.549/72 526
2.7. La decisión dictada sin potestad que la sostenga 531
2.8. La "existencia del acto inexistente" 532
2.9. Potestad, competencia y cometido 537
3. Algunas situaciones especiales 540
3.1. La inexistencia parcial 540
3.2. Los contratos del Estado 540
3.3. Los actos regidos por el derecho privado 542
3.4. Los actos emanados de ciertas personas jurídicas de propiedad del Estado 546
3.5. Las relaciones especiales de sujeción 547
3.6. La esfera doméstica 551

3.7. Las leyes provinciales 553
4. Conclusiones 553

Capítulo XXVIII

HACIA UNA NOCIÓN MÁS ACOTADA DEL ACTO ADMINISTRATIVO (DONDE SE EXPLICA CÓMO LOS ARGENTINOS PASAMOS, SIN DARNOS CUENTA, DE OBEDECER LA LEY A OBEDECER A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS)[1]

Por Héctor A. Mairal*

"El Congreso tiene que hacer una solemne recomendación a sus compatriotas, una sola recompensa que pedirles en premio de sus desvelos por el bien común. En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, les pide y aconseja obediencia absoluta a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos."

Declaración del Congreso Constituyente que sancionó la Constitución nacional de 1853.

1. *Introducción*

1.1. *El principio de legalidad*

Este trabajo intenta explicar cómo, por imperio del decreto-ley 19.549 de 1972 que establece el régimen jurídico de los procedimientos administrativos, y a través de su errónea interpretación, los argentinos pasamos de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos, aun cuando actúen sin habilitación legal. Asimismo,

* Agradezco a la Universidad Torcuato Di Tella y al Dr. Martín Hevia la invitación a presentar este trabajo en un seminario de post-grado, así como a los Dres. Luis Lozano, Alberto Bianchi, Estela Sacristán, Agustín García Sanz e Ignacio Minorini Lima sus valiosos comentarios. Agradezco también a los alumnos del Master en Derecho y Economía las notas críticas que debieron hacer al trabajo, algunas de las cuales he tomado en cuenta para agregar las aclaraciones del caso. Los errores del presente son, por supuesto, únicamente atribuibles al autor.

[1] Publicado originalmente en *RPA*, 2011-1 y 2, Buenos Aires, RAP, 2011, p. 7.

propugna una interpretación más acorde con nuestro sistema constitucional, según el cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe." (CN, art. 19.)

Ante todo, cabe recalcar que esta cláusula constitucional exige la presencia de una ley en sentido formal, o sea de una expresión de voluntad del Poder Legislativo. Como bien dice María Angélica Gelli: "El principio de legalidad requiere la existencia de una ley emanada del Congreso y sancionada y promulgada por el Poder Ejecutivo mediante los requisitos constitucionales."[1] Rechazamos por ello, a estos efectos, el concepto de "ley material," que incluye al reglamento dado que, como mínimo, puede inducir a confusión al permitir inadvertidamente la existencia de obligaciones y prohibiciones fundadas en reglamentos que no se apoyan en ley.[2] En este mismo sentido Ekmekdjian correctamente razona que admitir que baste con una *ley material* para cumplir con el precepto constitucional "convierte en letra muerta al postulado de legalidad, porque lo transforma en una petición de principio, que puede expresarse así: *«Nadie está obligado a hacer lo que la autoridad no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe,»* o sea una tautología."[3]

De acuerdo con la posición que adoptamos, pues, cuando hablamos de *ley* a lo largo de este trabajo nos referimos a las leyes emanadas del Congreso y, en su caso, de los poderes legislativos provinciales.

La interpretación del decreto-ley 19.549/72 que criticamos no cuestiona frontalmente el principio de legalidad. Ella se limita a sostener que toda decisión de un funcionario público, adoptada en ejercicio de la función administrativa, se presume legítima y debe ser obedecida. Además, esa decisión deviene jurídicamente inatacable, adquiriendo la misma fuerza de verdad legal que la que le corresponde a una sentencia, si no acertamos a impugnarla —en principio— dentro de los quince días de habernos sido notificada. Pero, y aquí está el meollo de la cuestión, todo ello aunque ninguna ley le haya conferido facultad alguna al funcionario para emitir dicha decisión y ella sea, de acuerdo con la opinión en boga, nula de nulidad absoluta.

Esta interpretación desnaturaliza el concepto de acto administrativo, aprovechándose de un sutil, pero en definitiva trascendental, corrimiento de significados. Y, como se verá, contraría frontalmente las soluciones de todos los derechos

[1] Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., p. 371.

[2] Conf. también Escola, Héctor J. / Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo Argentino*, Ciudad de México, Univ. Autónoma de México, 2006, p. 55. En contra: Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, 9ª ed., p. 48; cfr., sin embargo, la obra del mismo autor *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 119-121.

[3] Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 477-478.

que, con menor o mayor acierto, han servido de inspiración a nuestro derecho administrativo.

1.2. *Los meros pronunciamientos administrativos*

Hace algunos años intentamos poner coto a esta conclusión desmesurada proponiendo la categoría de *meros pronunciamientos administrativos* para aquellas decisiones de la administración que solo producían, en todo caso, efectos adjetivos pero nunca tenían virtualidad para afectar la relación de la cual surgían los derechos del particular. Tal, por ejemplo, una negativa de pago de parte de la administración.[4] Para ello nos basamos en varios precedentes que negaron a ciertas decisiones emanadas de la administración el carácter de actos administrativos.[5] Trajimos también a colación las enseñanzas de García de Enterría y Fernández sobre la necesidad de la presencia de una potestad administrativa para configurar el acto administrativo cuando dicen: "Ya sabemos que no hay potestad sin norma previa y que todas las potestades son tasadas y específicas, que no existen potestades indeterminadas. Como el acto ha de expresar una de esas potestades previamente especificadas por el ordenamiento, puede concluirse fácilmente que no hay acto sin norma específica que lo autorice y lo prevea…"[6]

Gordillo coincidió con esta postura al incorporar a su definición del acto administrativo la necesidad de que el acto fuera apto para producir efectos jurídicos, sosteniendo así que existen actos jurídicos emanados de la administración que carecen de la posibilidad de modificar relaciones jurídicas pre-existentes.[7] Bezzi y Cassagne han aceptado también la categoría de los meros pronunciamientos

[4] Mairal, Héctor A., "Los meros pronunciamientos administrativos," en AA.VV., *Derecho Administrativo –Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 651; y "Los plazos de caducidad en el Derecho Administrativo argentino," en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo, en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 906-908.

[5] CSJN, *Serra y otro c/Municipalidad de Buenos Aires*, *LL*, 1995-A, 397, con nota de Alberto B. Bianchi, "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?;" CNFed.CA., Sala I, *Thorne, c/Gobierno Nacional*, *LL,* 1982-830, n° 2; CNFed. CA., Sala I, *Polledo S.A. c/Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas*, *ED,* 111-537.

[6] García de Enterría, Eduardo / Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, 1ª ed. argentina, p. 553.

[7] Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., p. IV-32.

administrativos.[8] Una figura de las nuevas generaciones de administrativistas avanza ahora en la línea de nuestras ideas.[9]

Sin embargo, la jurisprudencia es reacia a aceptar plenamente esta posición. En este sentido, recordamos el reciente caso de una licitación pública en la cual, presentadas y evaluadas las ofertas, la administración intimó al consorcio ganador a suscribir un "acta acuerdo" que incluía cambios sustanciales a su oferta. Los miembros nacionales del consorcio aceptaron. El miembro extranjero, una empresa estatal de considerable patrimonio, rehusó. Ante la negativa de dicha empresa de suscribir el "acta acuerdo," dado el cambio fundamental de condiciones, la administración consideró retirada la oferta, anuló la licitación e intentó ejecutar la garantía de oferta respectiva. Utilizó para ello, entre otros, el argumento de que la decisión que intimaba a suscribir el acta acuerdo no había sido recurrida y, por ende, quedó consentida. Ahora bien, esa decisión no constituía un acto administrativo, dado que ninguna ley había conferido a la administración la potestad de modificar unilateralmente aspectos fundamentales del contrato luego de presentadas las ofertas. Tal potestad, por su importancia, tampoco podía considerarse implícita en la potestad genérica de "administrar el país" (y por ende conducir licitaciones públicas) que le confiere la Constitución al Poder Ejecutivo.[10] Sin embargo, el tribunal no aceptó este planteo tan revolucionario y encontró la solución justa interpretando que la nota con la que la empresa extranjera rechazó el cambio de condiciones constituyó un recurso que la administración nunca decidió.[11]

Es necesario, pues, insistir con el planteo y profundizar el análisis.

1.3. *La delimitación del campo de estudio*

En el presente trataremos solamente de los actos administrativos unilaterales que producen efectos individuales, y sólo a ellos nos referiremos cuando usemos el término *acto administrativo.* Es la *décision executoire* del derecho francés,[12]

[8] Bezzi, Osvaldo H., "La teoría del acto administrativo: Consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución," en *Temas de Derecho Administrativo en honor al Profesor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 81-137; Cassagne, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 115. Balbín, por el contrario, rechaza la categoría en el derecho federal por considerarla "irrelevante" atento a la necesidad de agotar la vía administrativa también ante la inexistencia de un acto administrativo por imperio del art. 30 del decreto-ley 19.549/72, pero no se hace cargo del plazo de caducidad previo para interponer el recurso jerárquico que sólo existe respecto de los actos administrativos pero no de los meros pronunciamientos. (Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, t. II, p. 23.)

[9] Urrutigoity, Javier, "Acto Administrativo y carga impugnatoria," *JA,* 1-XII-10.

[10] Ver sección 3.6, *infra.*

[11] CNFed. CA., Sala III, *Astarsa S.A.*, 13-IV-05; recurso de apelación ordinario rechazado por la Corte Suprema el 5-IX-06.

[12] Rivero, Jean / Waline, Jean, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2006, 2ª ed., p. 245; Vedel, Georges / Delvolvé, Pierre, *Droit Administratif*, t. I, París, PUF, 1992, 12ª ed., pp. 343-344; Delvolvé, *L'acte administratif*, París, Sirey, 1983, p. 26.

el verdadero acto administrativo según MARIENHOFF,[13] noción análoga a la de *provvedimento* de la doctrina italiana, "el acto administrativo por excelencia" al decir de GIANNINI.[14]

Excluimos así tanto a los actos de administración (dictámenes y otros actos internos) como a los *meros actos administrativos*, que son aquellos constituidos por declaraciones de conocimiento o de juicio.[15] Excluimos también a los reglamentos y a los contratos, por presentar estos institutos una problemática especial, especialmente en lo que respecta a las facultades modificatorias y revocatorias de la administración, más allá de la equiparación parcial de su régimen al del acto unilateral y de efectos individuales, particularmente en cuanto a las causales de nulidad.[16]

También se excluye a los que hemos denominado *meros pronunciamientos administrativos*. Justamente, en la distinción entre ellos y los actos administrativos se focaliza el presente trabajo.

2. *Acto administrativo y potestad administrativa*

2.1. *El acto administrativo como modificador de relaciones jurídicas*

Cualquiera sea la definición que se prefiera, casi todas coinciden en atribuirle al acto administrativo una característica esencial: Él puede —*per se*— modificar el ordenamiento jurídico o rechazar la modificación que pide un particular.[17] Como dice BIELSA: "El acto administrativo tiene por objeto crear, modificar o extinguir un derecho o un interés.[18]

En el mismo orden de ideas, explica un autor español:

[13] MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988, 3ª ed., p. 227, n. 63.

[14] GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, t. 2, Milán, Giuffré, 1993, p. 236. En análogo sentido, SANDULLI, ALDO M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, t. 1, Nápoles, Jovene, 1989, 15ª ed., pp. 610-611. Parte de la doctrina más antigua reservaba este nombre a aquellos actos que constituyen un *negocio jurídico*, o sea aquellos actos en los cuales "la administración quiere el acto y quiere sus efectos." (LANDI, GUIDO / POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milán, Giuffré, 1983, 7ª ed., pp. 164-165 y 175; en nuestro derecho siguió esta posición DIEZ, MANUEL M., *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965, p. 217; y *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., pp. 128-145.)

[15] DIEZ, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 218; *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, pp. 143-145. En el mismo sentido LANDI / POTENZA, *op. cit.*, p. 223; SANDULLI, *op. cit.*, t. 1, p. 612.

[16] Conf., en general, GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *op. cit.*, cap. IV. Comparar el nuevo texto del art. 7° del decreto-ley 19.549/72, según el art. 36 del decreto 1023/01, con el fallo de la CSJN citado en la nota 144 *infra*.

[17] En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 553. La modificación de situaciones jurídicas es lo que caracteriza en Italia al *provvedimento*: GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 236; SANDULLI, *op. cit.*, t. 1, p. 611. En el derecho francés se reconoce este carácter a la *décision executoire*: RIVERO / WALINE, *op. cit.*, pp. 343-344; VEDEL / DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 247.

[18] BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1955, 5ª ed., p. 5. En el mismo sentido, DIEZ, *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, p. 115, con cita de CANNADA-BARTOLI.

"Ello significa, parece claro, que, como consecuencia de su carácter regulador, los actos administrativos, *para serlo,* deben encaminarse a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación. Estas precisiones, inexcusables en su rigor, explican cabalmente en qué consiste el carácter regulador de los actos administrativos, mostrando qué es lo que se quiere decir aquí cuando se incorpora esa característica *como condición necesaria de su existencia,* y describen el exacto contenido que resume la existencia de actos administrativos en sentido estricto." (Énfasis agregados.)[19]

Esto significa que no toda decisión emanada de la administración y que pretende consecuencias jurídicas que se proyectan hacia el particular tiene el efecto de modificar la esfera jurídica del mismo, sino que sólo los actos que gozan de ese efecto modificatorio deben ser considerados actos administrativos.

Un fallo de la Sala I de nuestra Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo sentó la doctrina correcta al decir:

"En el *sub lite*, la demanda no está dirigida a invalidar el acto administrativo formalizado mediante la resolución ministerial; no se pretende privarlo de una coercibilidad que no tiene, sino hacer valer un derecho subjetivo derivado de un negocio jurídico concertado entre las actoras y el Estado. Aquella resolución administrativa carece de virtualidad para modificar, por sí misma, la situación jurídica de las partes y, por ende, para dilucidar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas. Sólo define la actitud de una de las partes contratantes dentro del marco de la relación contractual preexistente.

Quiere decir que, respecto de ella, no es preciso agotar la vía administrativa, pues no se trata de resistir, acudiendo a las sucesivas instancias recursivas, los efectos de un acto administrativo propiamente dicho que tenga, por tanto, virtualidad para modificar ejecutoriamente la situación jurídica del administrado."[20]

La diferencia de enfoque es fundamental y nos obliga a determinar, previamente, si el acto emanado de la administración tiene la calidad de acto administrativo, pues de lo contrario constituirá una expresión de voluntad de la administración, solamente hábil para producir los mismos efectos que una declaración de voluntad de un particular, como lo es fijar posición ante una controversia. Obsérvese que

[19] Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, 2ª ed., p. 33, con cita de doctrina alemana uniforme en ese sentido. El autor traduce y transcribe el art. 35 de la Ley de Procedimientos Administrativos alemana que define así al acto administrativo: "[A]cto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del derecho público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros.)"

[20] In re *Polledo*, cit. en nota 5, *supra*.

tal posición puede ser jurídicamente correcta, pero la expresión de voluntad que la manifiesta no llega a constituir un acto administrativo. Por lo tanto, no goza de presunción de legitimidad ni tiene fuerza ejecutoria. Tampoco es necesario impugnarla ni queda consentida por falta de interposición del recurso correspondiente.

Adelantamos entonces nuestra opinión (nada novedosa, por cierto, en el derecho extranjero): Solamente el acto emanado en ejercicio de una "potestad administrativa" tiene entidad para modificar *per se* el ordenamiento jurídico. El mero ejercicio de la *función administrativa* no reviste, necesariamente, tal entidad. A continuación explicamos estas afirmaciones.

2.2. *La necesidad de la presencia de una potestad administrativa*

Garrido Falla define sintéticamente a la potestad como "un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados."[21] Con mayor extensión, Muñoz Machado, siguiendo también él a Santi Romano, la define de la siguiente manera: "Las potestades suponen poderes generales de actuación conferidos por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados, sino, simplemente, potencialmente afectados y sometidos a dicha potestad, de la que pueden derivar beneficios (una regulación favorable) gravámenes (una nueva exacción tributaria), o situaciones neutrales o indiferentes (como ocurre, normalmente, con el ejercicio por la administración de su potestad de organización.)"[22]

La necesidad de la presencia de una potestad administrativa para que se conforme el acto administrativo es reconocida mayoritariamente por la doctrina italiana. La definición de Zanobini es un ejemplo claro: "[C]ualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio, realizada por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa."[23] Landi y Potenza,[24] Giannini,[25] Sandulli,[26] Virga[27] y Azzena,[28] coinciden con esta posición. En España, García de Enterría y Fernández, así como Garrido Falla, siguen de cerca la definición de Zanobini.[29] Otros autores españoles concuerdan con esta

[21] Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1989, 11ª ed., p. 360.

[22] Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Madrid, instel, 2006, 2ª ed., p. 523.

[23] Zanobini, Guido, *Corso di diritto administrativo*, t. I, Milán, Giuffré, 1958, 8ª ed., p. 243.

[24] Landi / Potenza, *op. cit.*, p. 193.

[25] Giannini, *op. cit.*, t. II, p. 235, al referirse al "*provvedimento amministrativo.*"

[26] Sandulli, *op. cit.*, t. I, p. 607.

[27] Virga, Pietro, *Il provvedimento administrativo*, Milán, Giuffré, 1972, 4ª ed., p. 3.

[28] Azzena, Alberto, capítulo sobre el acto administrativo en *Diritto Amministrativo*, t. II, AA.VV. a cargo de Mazzaroli, Leopoldo *et ál.*, Bologna, Monduzzi, 1993, pp. 1187 y 1191.

[29] García de Enterría / Fernández, *Curso…*, *op. cit.*, t. I, p. 550; Garrido Falla, *op. cit.*, vol. I, p. 384.

posición.[30] Entre ellos citamos un reciente trabajo de MEILÁN GIL, publicado entre nosotros, que concluye exigiendo la presencia de una potestad para que exista un acto administrativo y recuerda que *nulla potestas sine lege*.[31] Concuerda así con GIANNINI quien dice lo mismo con estas palabras: "[C]omo las potestades administrativas son atribuidas solo por las normas, cuando la norma calla no hay potestad."[32] Obsérvese que todas estas definiciones coinciden en el uso del término *una* potestad administrativa y no *la* potestad administrativa. No existe, pues, para esta concepción, una potestad administrativa genérica para emitir actos administrativos sino potestades específicas conferidas en cada caso por una ley.

En nuestro derecho podemos definir a las potestades administrativas como las facultades que la Constitución y las leyes confieren al Poder Ejecutivo ya sea para (i) administrar la Nación; (ii) emitir las disposiciones de carácter general que sean necesarias para permitir la aplicación de las leyes (la potestad reglamentaria que sí es genérica porque está prevista en la Constitución, pero que es igualmente dependiente de la ley que reglamenta dejando de lado el caso excepcionalísimo de los decretos de necesidad y urgencia); o (iii) individualizar respecto de los particulares las obligaciones o derechos que las leyes establecen de manera necesariamente general. Más allá de la tarea, propiamente dicha, de administrar el país, que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo,[33] toda potestad administrativa para avanzar sobre la esfera jurídica de los particulares depende de una ley que la establezca. Como bien dice GRECCO: "Las decisiones de la Administración […] *resultan actuaciones de la ley* y es la ley, justamente, la que habilita las potestades administrativas."[34] Tales, señalamos nosotros, las numerosas leyes que le otorgan potestades especiales respecto de determinados sectores de la actividad privada: Salubridad, seguridad en el trabajo, bancos, seguros, pesas y medidas, sanidad animal y vegetal, etc. También la potestad reglamentaria, como hemos dicho, es dependiente de la ley que reglamenta con excepción del limitado campo de los llamados *reglamentos autónomos* que, tra-

[30] BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 42; PAREJO ALFONSO, LUCIANO / JIMÉNEZ BLANCO, ANTONIO / ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992, 2ª ed., p. 449. RAMÓN PARADA (*Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 17ª ed., p. 102) requiere el ejercicio de "potestades y funciones administrativas" en su noción de acto administrativo.

[31] MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, "El acto administrativo como categoría jurídica," *ED*, *Supl. Administrativo 2009*, pp. 663 y 679.

[32] *Op. cit.*, t. II, p. 308.

[33] Hoy confusamente desdoblada entre el Poder Ejecutivo, su *responsable político* y el Jefe de Gabinete como *ejecutor*. (CN, arts. 99, inc. 1° y 100, inc. 1°.)

[34] GRECCO, CARLOS M., "Tipicidad del Acto Administrativo y Reservas de Revocación," en MUÑOZ, GUILLERMO A. / GRECCO, CARLOS M., *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 237. (Énfasis en el original.) En contra, CASSAGNE, quien considera que las potestades "se originan en una ley material," o sea que bastaría un reglamento para fundar una potestad. (CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. I, p.121.)

tando de materias internas de la administración, no pueden avanzar sobre la esfera de derechos de los particulares.[35]

Una interpretación respetuosa del principio de separación de los poderes y de la cláusula constitucional según la cual nadie está obligado frente al Estado sin ley que así lo establezca (o, agregamos, contrato que lo tenga por parte y así lo prevea), debe ser la siguiente: En el ejercicio de su potestad general para administrar el país, la administración no puede, ni necesita, restringir la esfera de derechos de los particulares. Contratar suministros, llevar a cabo obras públicas, hacer funcionar las escuelas y hospitales públicos, son todas operaciones que no requieren avanzar sobre el campo jurídico de los privados, imponiéndoles obligaciones o restricciones a sus derechos en contra de su voluntad. Por supuesto, en el ejercicio de esa potestad la administración no puede violar ni la Constitución ni las leyes, como lo haría, por ejemplo, si excluyera de los servicios de un hospital público a ciertas personas basándose en sus ideas políticas o creencias religiosas, o removiera a un funcionario público sin seguir el procedimiento previsto al efecto.

Por el contrario, la administración solo puede imponer a los particulares obligaciones y prohibiciones, independientemente de la voluntad de éstos, cuando una ley así la faculta. La noción de policía que servía en el Siglo XIX para validar genéricamente tal imposición, no puede cumplir igual cometido actualmente, como lo demostró acabadamente Agustín Gordillo en uno de sus primeros trabajos[36] y lo sigue sosteniendo hoy al decir que "[l]as nuevas concepciones sobre «reserva de la ley» han hecho que en el Estado de derecho la policía necesite una regulación o autorización legal para disminuir o interferir en la esfera de los individuos," agregando en nota, con cita de Peters, que "[l]a solución es clara en el derecho contemporáneo de cualquier país de sistema jurídico desarrollado."[37] Así lo exige nuestro régimen constitucional y así lo confirman las numerosas leyes de policía que el Congreso ha dictado, en ausencia de las cuales la administración se vería impedida de avanzar por sobre la esfera jurídica de los particulares en los sectores que tales leyes reglamentan.

Esta distinción entre los dos campos fundamentales del quehacer administrativo, a saber, el que llamaremos *doméstico*[38] (aunque también pueda tener proyección hacia el exterior de la administración) y el que avanza imperativamente hacia la esfera de derechos de los particulares, permite reconciliar dos puntos de vista antitéticos acerca del fundamento y alcance de la competencia: El *vetusto* principio

[35] Conf. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., pp. 38-40.

[36] Gordillo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 23.

[37] Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. V-19, p. 78.

[38] Tomamos el término de la obra de López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de la relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas, 1994, p. 80.

de que ella requiere basarse en ley[39] (principio al que otros fallos reconocen buena salud)[40] y la concepción —que LINARES defendiera en un artículo copiosamente citado—[41] acerca de la posibilidad de una atribución genérica de competencias.

Pues bien, es claro que la concepción de LINARES es correcta y priva en el sector que hemos denominado "doméstico" como lo prueban los ejemplos que da este autor. (Fijar horarios, establecer el color de los uniformes de los empleados de maestranza o disponer el barrido de calles.) Por el contrario, la administración sólo puede avanzar sobre las situaciones particulares si goza de una potestad fundada en ley específica. Discrepamos aquí con LINARES y coincidimos con GORDILLO.

Por supuesto, nadie pretende que la ley fije taxativamente las conductas prohibidas o las obligaciones que pueden imponerse a los particulares, dado que basta una razonable determinación de las mismas, cuyos límites serán tanto más estrictos cuanto más importantes sean tales prohibiciones u obligaciones. Por otra parte, la teoría de los poderes implícitos, dentro de los estrictos límites que les ha fijado la Corte Suprema,[42] puede otorgar la necesaria flexibilidad.

Este es, por otra parte, el régimen del Estado de Derecho que rige hoy en todos los países civilizados y democráticos. En todos ellos rige el principio de legalidad que requiere la predeterminación por ley de la posibilidad de sacrificar intereses individuales en aras del interés público. Como dice ALESSI:

> "El principio de la división de poderes, como ya sabemos, no permite a la Administración (entendida en sentido subjetivo, como aparato administrativo) el desarrollo directo e inmediato del poder de imperio mediante actos de producción jurídica *primarios* (que quedan reservados a los órganos legislativos) permitiéndosele únicamente, como ya dijimos, el realizar actos de producción jurídica que denominábamos *complementarios*, en el sentido de que son simplemente la ejecución concreta de un acto de producción jurídica abstracto

[39] La jurisprudencia ha recurrido a este término: "*El vetusto principio que en derecho administrativo la competencia era la excepción y la incompetencia la regla, y que por lo tanto toda competencia debía estar conferida por una norma expresa, ha sido superado por el progreso de las disciplinas jurídicas y los requerimientos de una realidad día a día más compleja, que exige un mayor y más calificado despliegue de actividad administrativa.*" (SCBA, *La Aseguradora Río de la Plata Compañía de Seguros S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso Administrativa*, *DJBA*, 112: 169, B. 49.234; *Sciammarella, Alfredo M. c. Prov. de Buenos Aires*, *JA*, 1982-III-42.)

[40] "*[A] la luz de una clara hermenéutica constitucional, el vetusto principio de que en Derecho Administrativo la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, y que, por tanto toda competencia debe estar conferida por norma o por extensión a lo razonablemente implícito en lo expreso, demuestra lozanía y vigencia.*" (CNCAFed., Sala IV, *Peso, Agustín C. c/ Banco Central*, 13-VI-1985, *LL*, 1985-C-374.) Conf. GORDILLO, *Procedimiento Administrativo*, LexisNexis 9214/001434, 2006.

[41] LINARES, JUAN FRANCISCO, "La Competencia y los Postulados de la Permisión," *RADA*, Año 1, N° 2, Nov. 1971, p. 13; y también "Competencia administrativa y prohibiciones implícitas," *RADA*, Abril-Junio 1975, N° 8, p. 15.

[42] CSJN, *Peláez, Fallos*, 318: 1967, donde sostuvo que "[l]os poderes implícitos son atribuciones razonablemente apropiadas y relevantes para el ejercicio de los poderes expresamente otorgados" pero también que "su extensión no puede ir más allá de lo que fuere rigurosamente necesario para que la facultad expresa no resulte ilegítima y gravemente impedida."

contenido en una ley anterior. […] En caso contrario, el acto del órgano administrativo con el que se quisieran hacer prevalecer intereses, aunque fueran públicos, pero cuya prevalencia no hubiera sido establecida anteriormente y en abstracto por la ley, se convertiría en un acto primario, directo, prohibido a la administración por el principio de la división de poderes, con lo que a tal acto de producción jurídica vendría a faltarle toda base jurídica y su ejecución tendría que basarse simplemente en una prevalencia de hecho, en una relación meramente de fuerza, cosa inadmisible en el ordenamiento constitucional actual."[43]

En términos análogos se expresan García de Enterría y Fernández:

"El principio de legalidad de la administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: La legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar, simplemente."[44]

Oigamos, por último, a Stassinopoulos:

"La sumisión de la administración a la ley se realiza en virtud del principio de la «legalidad de la administración» que constituye la regla fundamental del derecho de los actos administrativos. Este principio, según el cual ningún acto administrativo puede ser emitido sin apoyarse sobre una ley, es consagrado por disposiciones constitucionales que tienen una fuerza formal superior a la ley."[45]

Obsérvese que estos autores no son anglosajones sino que escriben dentro de lo que se usa llamar un *régimen administrativo*, al que nuestro país se habría incorporado —según algunas opiniones— a partir de la sanción del decreto-ley 19.549/72. En el derecho inglés, y en otros derechos no latinos, la cuestión es igualmente clara.[46] Así con respecto al derecho alemán se mencionan decisiones de la Corte Constitucional Federal en el sentido de que:

"[E]s un requisito fundamental de la clasificación de las funciones en un estado democrático basado en el *rule of law* que sólo se permita a las autoridades del gobierno y de la administración interferir con los derechos y libertades de

[43] Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, Barcelona, Bosch, 1970, traducción española de la 3ª ed. italiana, p. 182.

[44] *Op. cit.*, t. I, p. 449.

[45] Stassinopoulos, Michel, *Traité des Actes Administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 19.

[46] Para el derecho inglés, ver Wade, William / Forsythe, Christopher, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 10ª ed., p. 17; Flogaïtis, Spyridon, *Administrative Law et Droit Administratif*, París, LGDJ, 1986, p. 159. Para los derechos alemán, dinamarqués y holandés ver Schwarze, Jürgen, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 214-222, 223-225 y 227-229, respectivamente.

las personas sobre la base de la autorización de los representantes del pueblo y no (basándose) en su propia autoridad."[47]

Por su parte, en el derecho norteamericano existe una nítida diferencia entre las potestades del Presidente en materias internas, las que deben basarse en una ley, frente a dichas potestades en materia internacional o de guerra, en las cuales la Constitución admite una mayor participación y control del Presidente.[48] Finalmente, en el derecho francés, que debe ser tomado con cuidado debido a su diferente estructura constitucional,[49] se ha considerado como "vía de hecho," con consecuencias análogas a las del acto inexistente, a aquellas decisiones que "manifiestamente no son susceptibles de ser vinculadas al ejercicio de un poder conferido por la ley a la administración."[50]

La figura de las potestades administrativas (en plural, no en singular) entronca con estas ideas básicas dado que la supremacía de la administración frente a los individuos no es genérica sino específica y limitada por el alcance de cada una de las leyes que las otorgan. No hay, pues, una única potestad administrativa para limitar los derechos individuales, sino numerosas —pero no infinitas— potestades administrativas.

2.3. *El acto administrativo como acto típico*

De la necesidad de que exista una norma que establezca la potestad se desprende el número limitado (*numerus clausus*) de los actos administrativos.[51] "La administración no puede emanar actos singulares atípicos," dice VILLAR PALASÍ[52] y en el mismo sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ:

> "…[E]l acto administrativo, por diferencia sustancial con el negocio jurídico privado, es esencialmente típico, desde el punto de vista legal, nominado, no obediente a ningún genérico principio de autonomía de la voluntad, sino, exclusivamente, a la previsión de la ley."[53]

En nuestro derecho GRECCO ha sostenido el carácter típico del acto administrativo.[54] Confirman, además, la recepción de esta interpretación los numerosos

[47] SINGH, MAHENDRA P., *German Administrative Law - In Common Law Perspective*, Berlín, Springer-Verlag, 1985, p. 69.

[48] TRIBE, LAURENCE H., *Constitutional Law*, Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, 2ª ed., p. 213.

[49] Ver sección 2.4 y nota 75, *infra*.

[50] BIAGINI-GIRARD, SANDRINE, *L'inexistence en droit administratif*, París, L'Harmattan, 2010, p. 263.

[51] En este sentido, CARINGELLA, FRANCESCO / DELPINO, LUIGI / DEL GIUDICE, FEDERICO, *Diritto Amministrativo*, Nápoles, Simone, 2001, 18ª ed., p. 360. GIANNINI habla de la "ilimitada riqueza de modulaciones de los negocios privados" en comparación con la "pobreza de variaciones que admite el acto (*provvedimento*) administrativo," en *op. cit.*, vol. II, p. 239. VIRGA no admite la tipicidad, *op. cit.*, p. 39.

[52] Citado por BEZZI, *op. cit.*, p. 91.

[53] *Op. cit.*, t. I, p. 553.

[54] GRECCO, *op. loc. cit.*, y especialmente sus notas I y III.

ejemplos de actos administrativos que trae la doctrina nacional y, más aún, las clasificaciones de los mismos que ella propone y que se identifican con las del derecho italiano y español.[55] ¿Acaso mencionan una negativa de pago entre dichos ejemplos?

Esta característica de tipicidad se aplica solamente a los actos administrativos que afectan directamente la esfera de derechos de los particulares, pero no así a aquellos emanados dentro de lo que hemos denominado la esfera doméstica de la administración. En ella rige una amplitud de alternativas similar (aunque no igual por las restricciones que le imponen a la administración ciertas normas como aquellas que rigen sus contrataciones) a aquella de la que gozan los particulares.

2.4. *La amplitud del concepto de función administrativa*

En contraste con la noción de *potestad administrativa*, el concepto de *función administrativa* es mucho más amplio y cubre toda la actividad de los funcionarios en su carácter de tales: Sea que los actos que llevan a cabo estén sujetos al derecho público o al derecho privado (esto último nunca totalmente) siempre habrá allí ejercicio de función administrativa. Una de dos: O hay ejercicio de función administrativa o hay actuación del funcionario a título personal.[56] Comprarle un inmueble a un particular para erigir allí un edificio público implica ese ejercicio tanto como aplicar una multa por violación de las normas del tránsito.[57] Por supuesto, es posible interpretar el concepto de *función administrativa* de una manera más estricta y como sinónimo de *potestad administrativa*, pero ello dejaría fuera del derecho administrativo muchos actos que implican el ejercicio de funciones públicas pero que no llegan a alcanzar el rango de acto administrativo, es decir, que no tienen entidad para modificar unilateralmente el ordenamiento jurídico.

En realidad, la presencia de la función administrativa tiene la consecuencia jurídica de hacer responsable al Estado si, en el ejercicio de dicha función, se causan daños a un particular,[58] daños que pueden resultar tanto de una conducta fáctica como de una conducta jurídica.[59] Podemos encontrarnos, incluso, ante un acto inexistente, por emanar —por ejemplo— de un empleado subalterno sin capacidad alguna de decisión y, por ende, estar viciado de grosera incompetencia,

[55] Ver, en este sentido, las páginas que dedica Diez a la clasificación de los actos administrativos con copiosas citas de autores italianos; Diez, *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, pp. 123-154.

[56] Cfr. Bielsa, *op. cit.*, t. II, p. 3, n. 4: Si el acto "no entra en la órbita de sus funciones, es un acto *personal*, es decir acto del agente; o no es acto, sino una simple *vía de hecho*." (Énfasis en el original.)

[57] No estamos de acuerdo, por ello, con la posición de Altamira Gigena, para quien la presencia de la "función administrativa" tiene como consecuencia excluir a los actos regidos por el derecho privado. Altamira Gigena, Julio I., *Acto Administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2008, p. 20.

[58] Los arts. 43 y 1112 del Código Civil requieren que exista ejercicio de las funciones del agente para responsabilizar a la persona jurídica.

[59] Conf. Gordillo, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, pp. XX-25-27.

pero que, sin embargo, ocasiona daños a un particular por los que puede tener que responder el Estado.[60]

También en España se ha observado esta ampliación de la noción de acto administrativo al ligarlo a la función pública y no a una potestad pública. Se atribuye este desarrollo a la necesidad de abrir la vía contencioso-administrativa ante decisiones que no constituyen verdaderos actos administrativos pero que deben ser igualmente revisables por los tribunales del fuero.[61] No debe extrañar, entonces, que GONZÁLEZ PÉREZ, que tanto ha escrito sobre el contencioso, ofrezca en primer lugar una definición amplísima, al considerar como acto administrativo al "acto jurídico de la función administrativa," sin perjuicio de, páginas más adelante, traer a colación una definición más restringida proveniente de una sentencia y en línea con lo que sostenemos en este trabajo, a saber: "El acto administrativo es el ejercicio de una potestad para el cumplimiento de los fines que le están encomendados y por ello sólo puede dictarse en función de las atribuciones concedidas por la ley."[62]

Se comprende entonces la mayor amplitud que, sin un análisis cuidadoso, permiten las definiciones argentinas de acto administrativo, basadas en la noción de función administrativa, frente a la de las fuentes italianas en las que algunos de nuestros autores principales han abrevado. Así, BIELSA define el acto administrativo como toda "decisión [...] de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones."[63] También DIEZ recurre al concepto del ejercicio, por un órgano del Poder Ejecutivo, de "su función administrativa."[64]

[60] Ver el apartado siguiente. En este caso, la responsabilidad del Estado se fundaría en el art. 1113 del Código Civil que obliga responder por los daños que causan las personas bajo dependencia del responsable, siempre que, como ha decidido la Corte Suprema, el hecho ilícito haya sido cometido en ejecución de las tareas a cargo del dependiente "dentro de los límites y objeto aparentes de las mismas." (CSJN, *Rodríguez, Enrique c. Nación Argentina*, 1942, *Fallos*, 194:170.) Más recientemente la Corte Suprema aplicó la teoría del órgano para sostener la responsabilidad directa del Estado por los daños causados por sus órganos o funcionarios para el desenvolvimiento de sus fines y por el cumplimiento defectuoso de sus funciones. (CSJN, *Jorge Fernando Vadell c/ Prov. de Buenos Aires*, 1984, *Fallos*, 306:2030; CSJN, *Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Prov. de Buenos Aires*, 1986, *Fallos*, 307:821.) Ampliar en GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, pp. XX-23-29; BALBÍN, *op. cit.*, t. IV, pp. 262-270.

[61] BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 43. Sobre la confusión entre el concepto dogmático y el concepto procesal del acto administrativo, ver SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A. / PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Derecho Administrativo – La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 235-236.

[62] GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS / GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 1002 y 1010, resp. En el derecho español BALLBÉ y GUAITA propusieron también definiciones amplísimas. (Citadas por MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 671.)

[63] BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 3. La definición completa reza así: "[D]ecisión, general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellos."

[64] DIEZ, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 204. La definición completa reza así: "[D]eclaración unilateral de un órgano del Poder Ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros."

Y MARIENHOFF coincide al usar en su definición términos similares: "[D]ecisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas."[65] Los tres citan autores italianos, muchas de cuyas definiciones, por el contrario, recurren al concepto de potestad administrativa.[66] Obsérvese, además, la evolución del pensamiento de DIEZ, quien en su obra *El Acto Administrativo* de 1961 lo definía como "una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa."[67] En su obra general, por el contrario, reemplaza la noción de potestad por la de función, pero agrega la producción de efectos jurídicos.[68]

Párrafo aparte merece la definición de GORDILLO a la que le cupo la suerte de todos los clásicos, que es ser repetida por otros autores sin comillas, como si fuera una idea recibida y sempiterna, sin autor conocido: "[D]eclaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata." GORDILLO, que escribía estas líneas a principios de la década de 1960, estaba empeñado en hacer del derecho administrativo un todo coherente, superando la antinomia entre las concepciones objetiva y subjetiva de la administración, y evitando discordancias entre los conceptos fundamentales de la disciplina. Recurrió, para ello, a la noción de *función administrativa* que, correctamente definida, le permitió cohesionar la materia y, por ello, la utilizó también en su definición de acto administrativo.[69]

En este aspecto, es particularmente importante la opinión de MARIENHOFF, ya que la Exposición de Motivos del decreto-ley 19.549/72 expresa que, en lo referente a su Título III (o sea el que regula el acto administrativo) se adoptaron "en lo esencial, las opiniones expuestas por el doctor MIGUEL S. MARIENHOFF, en el tomo II de su Tratado de Derecho Administrativo en materia de acto administrativo." ¿Puede sostenerse que este autor no se aparta sustancialmente de la noción restringida de acto administrativo?

Ella sería una interpretación posible pues el apartamiento significativo de la doctrina italiana que hubiera significado la ampliación del concepto de acto administrativo para incluir a todos los actos jurídicos emanados de la administración con el solo requisito de que haya actuado en ejercicio de la función administrativa no podría haber sido silenciado por este autor. Sólo así se entendería que MA-

[65] MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 260. La definición completa reza así: "[T]oda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico."

[66] Las citas de la doctrina italiana son copiosas en los tres autores mencionados en primer término. Ver, p. ej., BIELSA, *op. cit.*, t. II, pp. 1-5, n. 1, 2 y 4; DIEZ, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 204, n. 9 y 12; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 257-262, n. 108, 109, 113 y 114.

[67] DIEZ, *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, pp. 108-109.

[68] *Supra*, nota 64.

[69] GORDILLO, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 77. Esta definición ha sido seguida por diversas leyes de procedimiento administrativo provinciales, como la de Neuquén (ley 1284, art. 37, inc. a) y la de Salta. (Ley 5348, art. 25.)

RIENHOFF considerara que su definición presentaba "cierta similitud" con la de GIANNINI que recurría expresamente al concepto de potestad administrativa.[70]

Sin embargo, otra interpretación admisible es que MARIENHOFF consideraba que existe una potestad genérica de emitir actos administrativos independientemente de la existencia de una ley que le otorgue una potestad específica. Ello es lo que puede extraerse de las páginas que le dedica a la potestad de mando[71] a la que parece considerar como un poder "innato" de la administración.

Idéntica ambigüedad se encuentra en la obra de VILLEGAS BASAVILBASO que MARIENHOFF trae a colación,[72] dado que este autor, con la cita de los mismos autores españoles que MARIENHOFF luego recoge (varios de los cuales escribían durante la época más autoritaria del franquismo),[73] sostiene primero la existencia de una potestad imperativa en el Poder Ejecutivo análoga a la de los otros dos poderes, para luego citar con aprobación la opinión de FIORINI según la cual, en palabras de VILLEGAS BASAVILBASO, "[l]a ejecución de la administración se realiza porque existe una ley," aunque admitiendo a reglón seguido que la norma autorizativa pueda ser de carácter "administrativo," con lo cual se vuelve al punto de partida.

Estas confusiones se deben, por una parte, a una visión del derecho europeo como un producto científico libre de ideologías políticas, aún cuando sea, en ocasiones, el producto de ideologías incompatibles con nuestra Constitución y, por la otra, a las citas de autores que escriben bajo regímenes jurídicos y políticos contradictorios entre sí.[74] El derecho francés es especialmente irrelevante en este punto dado que, de acuerdo con la Constitución de 1958, las facultades del Poder Legislativo están acotadas mientras que las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo son genéricas, régimen exactamente opuesto al de nuestra

[70] MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 262, n. 114, donde se cita también la definición de ZANOBINI como afín a la de GIANNINI.

[71] *Op. cit.*, t. I, pp. 605-606.

[72] VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1950, pp. 232-237.

[73] Son elocuentes las palabras de ROYO VILANOVA al comparar el sometimiento de la administración al derecho que rige en el "Estado liberal" con el régimen del "nuevo Estado" franquista en el cual los intereses individuales solo son respetados en cuanto "no estén en pugna con el supremo interés nacional." (ROYO VILANOVA, ANTONIO, *Elementos de Derecho Administrativo*, t. II, Valladolid, 1948, 21ª ed., corregida por SEGISMUNDO ROYO VILANOVA, pp. 880-881: Es la misma edición citada por MARIENHOFF en su *Tratado.* (*Op. cit.*, t. I, p. 606.)

[74] Ver, al respecto, nuestro trabajo "Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino," en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, IEDA, 2000, pp. 41 y 54-57.

Constitución.[75] Y, por último, no nos olvidemos de todos los años que vivimos durante el Siglo XX bajo gobiernos *de facto*.[76]

Más allá, entonces, de intentar desentrañar el sentido verdadero de la noción de acto administrativo en la obra de Marienhoff, nos parece más apropiado arribar a una noción acorde con nuestro sistema constitucional.

Se hace, pues, necesario recalcar el punto: De acuerdo con nuestro sistema constitucional no todo acto jurídico emanado de un agente de la Administración es un acto administrativo en el sentido del artículo 12 del decreto-ley 19.549/72 y con todos los atributos que dicha norma le confiere. Y ello aunque ese acto esté sujeto total o parcialmente al derecho administrativo. No es la aplicación del derecho administrativo lo que convierte a un acto estatal en *acto administrativo* sino la presencia de una potestad. Como bien ha dicho la Corte Suprema:

> "Ningún poder del Estado puede arrogarse mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente. Así, la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe ha sido consagrada en beneficio de los particulares y no de los poderes públicos, quienes, para actuar legítimamente, requieren una norma de habilitación."[77]

2.5. *¿Funcionario o empleado público?*

La amplitud excesiva de la noción de función administrativa para configurar la existencia de un acto administrativo se agrava debido a la imposibilidad, en nuestro derecho, de distinguir entre los funcionarios públicos, quienes serían los únicos autorizados a ejercer la representación del Estado y, por ende, a emitir actos administrativos, y los empleados públicos que llevarían a cabo solamente actos de ejecución pero no de representación o decisión. Si bien se ha sostenido esta distinción conceptual, el derecho vigente así como la jurisprudencia, que ha considerado a un guinchero comprendido en la definición de *funcionario público* a los efectos legales, rechazan la distinción.[78]

[75] Conf. Gordillo, *Tratado…*, *op. cit.*, t. 1, p. VII-8. Ver los arts. 34 a 37 de la Constitución francesa de 1958. Aun si la interpretación de estas reglas constitucionales por la jurisprudencia no ha limitado el campo de la ley como podría hacer creer su simple lectura, aun subsiste un margen de acción reglamentaria muy superior al de nuestra Constitución: Cfr. Tremeau, Jerôme, *La reserve de loi – Compétence législative et constitution*, París, Economica, 1997, *pássim*.

[76] Cfr. García Sanz, Agustín A.M., "Aportes de la Corte Suprema en la puja entre libertad y reglamentarismo," *LL*, 17-XII-10, p. 1.

[77] *Peláez*, *cit.* en nota 42, *supra*.

[78] A favor de la distinción, Bielsa, *op. cit.*, t. 3, p. 29; Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, pp. 278-287; Marienhoff, *op. cit.*, t. III-B, pp. 33-41. En contra, Gordillo, *Tratado…*, *op. cit.*, t. 1, pp. XIII-1/5, con cita del art. 77 del Código Penal, la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por la ley 24.759), la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (aprobada por la ley 25.319) y, entre otros, del fallo de la Cám. Fed. Cap., Sala Penal, *Franci*, *DJ*, 10-IV-1964, p. 335.

Si agregamos a ello que un acto viciado de incompetencia, aunque nulo de nulidad absoluta, igualmente está protegido por los plazos de caducidad de acuerdo con la jurisprudencia del fuero,[79] resultaría que la decisión de un empleado público de baja categoría escalafonaria tendría la misma fuerza, para extinguir los derechos de los particulares, que una sentencia firme o que una ley. Un acto viciado de tamaña incompetencia debiera ser considerado inexistente como acto administrativo: Tal es la regla en Francia cuando "la incompetencia es tan manifiesta que ella revela una verdadera usurpación de poder."[80]

El hecho que, al día de hoy, la emisión de actos administrativos por parte de empleados subordinados parezca más una hipótesis de laboratorio que una realidad cotidiana, no nos debe tranquilizar. La degradación del derecho público es un proceso muy paulatino.[81]

Como bien ha observado FERNANDO GARCÍA PULLÉS, se detecta en nuestro país, actualmente, una tolerancia judicial ante el vicio de incompetencia salvo, claro está —agregamos nosotros— cuando lo plantea la misma administración. La aparición de actos administrativos expedidos por empleados subalternos sería un paso más en este proceso. En realidad, esta etapa podría ya haber llegado: La creciente práctica de obligar a los particulares a realizar trámites por Internet, permite a cualquier empleado con acceso al sistema, generalmente obedeciendo órdenes verbales de sus superiores, excluir a algunos particulares del régimen, con lo cual se les impide —de hecho— ejercer sus derechos constitucionales, o impedirles a todos los que acceden al sistema llevar a cabo conductas no prohibidas por ninguna norma. Hemos llegado, así, al acto anónimo pero no por ello menos efectivo para coartar los derechos individuales.[82]

2.6. *El impacto del decreto-ley 19.549/72*

Las definiciones de la doctrina nacional del acto administrativo que hemos visto tenían dos características importantes: Todas ellas nacieron antes del dictado del decreto-ley 19.549/72 y, además, casi todas ellas hacían referencia —expresa o implícita— a la producción de efectos jurídicos. Este último aspecto, además de excluir a los actos internos o *de administración*, permitiría relacionar el concepto de función administrativa con el de potestad administrativa, ya que sólo la existencia de una potestad hace posible la creación de efectos jurídicos en contra o independientemente de la voluntad del particular, o sea los efectos

[79] Ver nota 88, *infra*.

[80] PLESSIX, BENOÎT, *L'utilisation du droit civil dans l'elaboration du droit administratif*, París, LGDJ, 2003, p. 457.

[81] Cfr. MAIRAL, "La degradación del derecho público argentino," en *El derecho administrativo de la emergencia vol. IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, p. 17.

[82] Cfr. GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, "Las vías de hecho informáticas," en prensa.

típicos del acto administrativo.[83] Si admitimos este punto de vista, pues, la tesis del presente trabajo no haría más que explicitar las definiciones tradicionales del acto administrativo que, especialmente a partir de la citada obra de GORDILLO, se utilizan en nuestro país.

Por otra parte, antes de la sanción del decreto-ley 19.549/72 los plazos de caducidad existían solamente con respecto a actos específicos (por ejemplo, las sanciones administrativas previstas por algunas leyes que debían recurrirse dentro de un determinado plazo) los que surgían claramente del ejercicio de potestades puntuales. La inexistencia de un plazo general de caducidad tornaba entonces irrelevante la amplitud de la definición, ya que de invocar la administración un acto en contra del particular y dictado fuera del ámbito de las leyes que le otorgaban potestades, nada le impedía a este último hacer valer sus defensas cualquiera fuera el momento en que dicha invocación se producía dentro del plazo de prescripción aplicable. Y, además, no sólo no regía ningún plazo de prescripción respecto del acto viciado de nulidad absoluta, sino que existían fallos que consideraban a tal tipo de acto como *inexistente*.[84]

En este escenario, que hoy se nos antoja idílico (salvo, obviamente, para los abogados del Estado), irrumpió el decreto-ley 19.549/72 y su decreto reglamentario, normas cuyos rasgos autoritarios (pese a ser anunciadas como protectoras de los derechos individuales)[85] fueron potenciados por una jurisprudencia que, paralelamente, diluyó las salvaguardias que dichas normas establecían. Nos referimos, en especial, al efecto conjunto de cuatro soluciones disvaliosas, a saber:

(i) El plazo de caducidad rigurosamente aplicado al agotamiento de la vía administrativa ante la emasculación de la denuncia de ilegitimidad, al declarar judicialmente irrevisible su rechazo por la administración cuando ésta entra al fondo de la cuestión;[86]

[83] BIELSA se acerca a este punto de vista cuando dice que cuando la autoridad "actúa u obra fuera de toda atribución, sólo hay vías de hecho" que abre la jurisdicción ordinaria "pues no hay entonces acto administrativo" (*op. cit.*, t. II, p. 6.) GORDILLO menciona la necesaria delegación de potestades públicas para que existan actos administrativos emitidos por personas jurídicas que él denomina "entes no estatales:" *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *op. cit.*, p. I-21.

[84] Sobre la inexistencia de plazo para el acto viciado de nulidad absoluta, ver CSJN, *Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno nacional*, 1941, *Fallos*, 190:142. Declarando inexistente a tal tipo de actos: CNAFed. Cap. Fed., *Mórtola c/ Gobierno de la Nación*, *LL*, 18:1122. (En la especie, decreto del Poder Ejecutivo que contradecía las disposiciones de una ley.)

[85] En la Exposición de Motivos se habla de "asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso."

[86] CSJN, *Gorordo Allaria de Kralj*, 1999, *Fallos*, 322:73. Apoyan esta solución HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de procedimientos administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 50; y COMADIRA, JULIO R. / MONTI, LAURA (coord.), *Procedimientos administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 71 y 83-89. Existen, por el contrario, numerosas críticas, entre ellas las de GORDILLO (*Tratado…*, *op. cit.*, t. 4, 10ª ed., p. VIII-39); MAIRAL, HÉCTOR A. (*Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 342-343); REJTMAN FARAH, MARIO (*Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 105-110) e IGNACIO MINORINI LIMA.

(ii) la teoría de la subsanación que permite convalidar cualquier decisión administrativa emitida sin motivación y sin dictamen jurídico previo, gracias a la motivación y al dictamen que se emiten en ocasión del recurso administrativo que interpone el particular afectado;[87]

(iii) la inclusión de los actos viciados de nulidad absoluta dentro del régimen de caducidad;[88] y

(iv) la eliminación, en la práctica, de la cosa juzgada administrativa al ampliar la excepción de *conocimiento del vicio* por parte del particular y admitir la suspensión de efectos *sine die* dispuesta por la administración.[89]

El efecto conjunto de estas decisiones ha llevado a una significativa reducción de la tutela judicial efectiva de que deben gozar los particulares frente al Estado, de acuerdo tanto con el art. 18 de nuestra Constitución como con el art. 8° de la

("La Denuncia de Ilegitimidad," en AA.VV., TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 425 y 439, con cita de jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires que declaró inconstitucional la irrecurribilidad de la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad.)

[87] CSJN, *S.A. Duperial I.C. c/ Nación Argentina*, 1979, *Fallos*, 301:953; CSJN, *Molinas, Ricardo c. Nación Argentina*, 1991, *Fallos*, 314:1091; CSJN, *Universidad Bartolomé Mitre*, 1969, *Fallos*, 273:134 (con disidencias); CNFed. CA, Sala IV, *Oncetur S.A.*, *ED*, 122:253 y *Finatlantic S.A.*, *LL*, 1993-B, 431; Sala III, *Hisi, Gustavo*, *LL*, 1994-D-461, con nota de HUICI, HÉCTOR, "Subsanación en sede judicial de vicios del acto administrativo." Criticamos estas reglas en nuestro reciente trabajo "¿Uno o dos derechos administrativos?" en Suplemento Extraordinario, La Ley, Agosto 2010, p. 2. Otra crítica a esta teoría puede verse en CANDA, FABIÁN O., "El debido proceso adjetivo. La llamada «Teoría de la subsanación,»" en TAWIL (dir.), *Procedimiento…*, *op. cit.*, p. 145. Más recientemente la Procuración del Tesoro invoca, con los mismos efectos que criticamos, "el principio de conservación del acto administrativo." (PTN, *Dictámenes*, 234:156, cit. por COMADIRA / MONTI, *op. cit.*, p. 319.)

[88] CNFed. CA, Sala III, *Giménez Vega c. Comité Federal de Radiodifusión*, *ED*, 97-283; CNFed. CA, Sala IV, *Gallegos, Miguel A. y otro c/ Ministerio de Justicia*, *LL*, 2000-A, 550; CNFed. CA, Sala IV, 16-IV-98, *Muñoz, José N.*, *ED*, 182-441. Criticamos esta posición en nuestro *Control Judicial…*, *op. cit.*, t. I, pp. 343 y 391-392. También la han criticado GORDILLO (*Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *op. cit.*, pp. XI-25-26); y TAWIL, "El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa," en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, Dir. TAWIL, GUIDO S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 317.

[89] Cfr. VEGA, SUSANA, "La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad," *LL*, 2007-B-451 comentando el caso *Gordillo, J.H. c. Administración Nacional de la Seguridad Social*, CNFed. CA, Sala II; GUSMAN, ALFREDO, "La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal," *ED*, Administrativo, 2007, pp. 675-676. Cfr. REJTMAN FARAH, "La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación," en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2009, pp. 431-432 citando la cambiante doctrina de la Procuración del Tesoro, hoy más favorable a la posición del particular: Ver, en este último sentido, el dictamen transcripto en *LL*, 2007-C, 376 con nota de ALONSO REGUEIRA, "¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?" Conf. con la posibilidad de suspender los efectos del acto, COMADIRA, *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, 2ª ed., Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pp. 214-215, con cita de dictámenes en el mismo sentido de la Procuración del Tesoro; MONTI, LAURA "Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa *Pradera del Sol* y la potestad revocatoria de la Administración," *ED Administrativo* 2005, p. 114. Contra, GORDILLO, *Tratado…, op. cit.*, t. 3, p. VI-13/14.

Convención Americana sobre Derechos Humanos,[90] en comparación con la que regía antes de la emisión del decreto-ley 19.549/72. Se torna imprescindible, pues, acotar la noción de acto administrativo para evitar un debilitamiento aún mayor de la defensa en juicio de los particulares frente al Estado.

El decreto-ley 19.549/72 no define al acto administrativo. Sin embargo, los requisitos que exige para su validez confirman el punto de vista que sostenemos: No toda decisión administrativa alcanza el rango de acto administrativo pues, de lo contrario, el riguroso procedimiento previo que exige el decreto-ley paralizaría, en la práctica, la acción administrativa. Justamente, se ha sostenido que la presencia de tan riguroso procedimiento es lo que justifica la presunción de legitimidad del acto administrativo.[91] Pero en lugar de extraer de ese rigor procedimental la conclusión correcta —o sea la necesaria limitación del número de actos administrativos posibles— la jurisprudencia directamente eximió a la administración de su cumplimiento. La teoría de la subsanación, como la denominó en su momento Juan Francisco Linares,[92] devino así en el aliado insustituible de la expansión del concepto de acto administrativo, pese a ignorar de esta manera disposiciones expresas del decreto-ley 19.549/72.

El impacto de las reglas jurisprudenciales antedichas sobre la definición del acto administrativo, que distorsionó las definiciones de los autores argentinos citados, se fue observando gradualmente para hacerse notorio en estos últimos años. Hoy día —a estar a la opinión que aparece como mayoritaria— cualquier manifestación de voluntad administrativa y que no constituye un acto meramente preparatorio, deviene incuestionable y tiene fuerza de verdad legal una vez transcurridos los quince días hábiles del plazo para interponer el recurso jerárquico sin que el mismo haya sido articulado. En consecuencia, cualquier decisión administrativa puede pretender efectos modificatorios de la posición jurídica del particular aunque no nazca del ejercicio de una potestad. En España esta misma tendencia ha sido calificada de "perversión,"[93] calificativo que merece aún más entre nosotros, dado que ella ampara con los plazos de caducidad incluso las graves irregularidades de los actos absolutamente nulos que en España, bajo el nombre de "actos nulos de pleno derecho,"[94] a partir de una jurisprudencia consolidada a mediados de la década de 1970, y más claramente desde las reformas introducidas en 1992 y 1999, quedan excluidos de tal protección.[95]

[90] En realidad, dicha Convención no agrega nada a nuestra anterior norma constitucional a menos que se interprete que ésta sólo garantizaba una tutela judicial "inefectiva."

[91] Así, Marienhoff, *op. cit.*, t. II, pp. 369-370.

[92] Linares, Juan Francisco, "La garantía de defensa ante la Administración," *LL*, 142-1137.

[93] Así, Bocanegra Sierra, *op. cit.*, p. 24.

[94] Sobre la identidad del acto afectado de nulidad absoluta y el acto nulo de pleno derecho, ver García de Enterría / Fernández, *op. cit.*, t. I, p. 618.

[95] Así interpretamos el art. 102 de la ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el sentido del texto, García de Enterría / Fernández, *op. cit.*, t. I, pp. 623-624. Sobre la jurisprudencia que aplicaba la

La llamada "ley de procedimientos administrativos," o sea el decreto-ley 19.549/72, no puede constituir un otorgamiento de potestad genérico que convierte a cada decisión de un funcionario o empleado público en un acto administrativo por el solo hecho de haber sido adoptada en ejercicio de sus funciones como tal. Si la Constitución nacional dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, no puede una norma nacional que pretende jerarquía de ley como el decreto-ley 19.549/72, establecer que de allí en más a los funcionarios o empleados se los obedece aun sin ley que lo disponga. Ello porque la ley que obliga a los particulares debe ser necesariamente específica dado que las garantías constitucionales, necesariamente generales, no pueden dejarse sin efecto por normas legislativas igualmente generales. ¿Acaso sería constitucional una ley que declarara de utilidad pública a todos los inmuebles privados sitos en el país? Una ley, y menos aún un decreto-ley, no pueden borrar una disposición constitucional.[96]

Por otra parte, es incompatible con el principio constitucional de separación de los poderes que la única diferencia entre cualquier decisión administrativa y la sentencia sea el plazo disponible para impugnarlo, a partir del cual, si no se articuló el recurso respectivo ambas adquieren fuerza de verdad legal: Quince días para el acto administrativo o cinco días para la sentencia judicial. Este verdadero privilegio debe estar reservado solo para aquellos actos autorizados por una ley especial y que están rodeados de las garantías de fondo y de forma que exige el decreto-ley 19.549/72.

Argumentos similares se esgrimen en España para superar la brevedad de los plazos para impugnar los actos anulables.[97] ¿Qué decir en nuestro derecho en que la misma brevedad ampara también a los actos absolutamente nulos?

Es necesario, pues, reaccionar ante una jurisprudencia y una doctrina que, interpretando normas que admiten varias lecturas, nos colocan en una situación muy desfavorable, en lo que hace a la protección de los derechos individuales frente al Estado, en relación con los derechos extranjeros en los que gustamos abrevar. Y para ello, entre otras concepciones que deben corregirse, cabe restringir la noción de acto administrativo solamente a aquellos dictados con apoyo en una potestad administrativa.

De lo contrario se amplía exageradamente el ámbito de la vía de acceso a la Justicia "impugnatoria," o sea la basada en los artículos 23 a 25 del decreto-ley 19.549/72 con el requisito del agotamiento de la vía administrativa en el brevísimo plazo de quince días, en detrimento de la vía "reparatoria" que, en principio, continúa sujeta al plazo de prescripción.

ley anterior ver la 3ª ed. de la obra citada de García de Enterría / Fernández, t. I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 518-519.

[96] Tampoco constituye la Ley de Ministerios (hoy ley 22.520) una atribución general de potestades: Ver sección 2.9 y nota 136, *infra*.

[97] Bocanegra Sierra, *op. cit.,* p. 31.

2.7. *La decisión dictada sin potestad que la sostenga*

Muchas decisiones de la administración son dictadas sin que ello implique el ejercicio de una potestad administrativa ya sea porque la potestad ha desaparecido, ya sea porque nunca existió. Por ejemplo, si se confirmara, como sostiene importante doctrina,[98] que la Ley de Abastecimientos 20.680 perdió vigencia como resultado de la reforma constitucional de 1994, habría desaparecido la potestad del Poder Ejecutivo para fijar precios y obligar a los comerciantes a vender, incluso a pérdida, que le otorgan los diversos incisos del artículo 2° de la misma. En consecuencia, toda decisión administrativa que pretendiera tales efectos constituirá un acto inexistente por carencia de potestad. Que esta conclusión parezca sorprendente para algunos demuestra cómo nos hemos apartado de nuestras normas constitucionales básicas.

En la segunda categoría entran los actos que pueden tener efectos jurídicos válidos pero que carecen de efectos *reguladores* y, por lo tanto, están desprovistos de fuerza imperativa.[99] En este sentido cabe citar a la doctrina italiana que nos habla de los actos *paritetici* los cuales, si bien producen efectos jurídicos de derecho público, no gozan de imperatividad, como ocurre con la determinación, por la propia administración, del monto de una obligación patrimonial propia frente al particular.[100]

Lo mismo cabe decir, entre nosotros, del caso ya citado de una negativa de pago que puede tener efectos jurídicos, en cuanto constituye una toma de posición de la administración frente a una pretensión del particular, pero que no alcanza a incidir sobre la relación de fondo.[101] Ninguna ley le otorga a la administración la *potestad* de negarse a pagar, aunque tenga todo el derecho a así hacerlo. Igual solución cabe cuando la administración pretende, para su decisión, efectos que requieren la existencia de una potestad que, en derecho, no existe.

Sin embargo, en la práctica, el especialista recomienda, ante la duda, impugnar toda decisión administrativa desfavorable a su cliente con lo cual se produce en los expedientes administrativos lo que hemos denominado *metástasis jurídica* ante las sucesivas impugnaciones de decisiones desfavorables.[102] Los jueces se van así acostumbrando a considerar actos administrativos a cualquier decisión de la administración. Es necesario terminar con esta corruptela y construir un cuerpo de jurisprudencia que niegue a los actos dictados sin potestad en qué apoyarse el carácter de actos administrativos.

[98] Gelli, María Angélica, "Control judicial de la actividad administrativa en materia de abastecimiento: Entre la delegación prohibida y la irrazonabilidad," Revista de Derecho Público, tomo: *Control judicial de la jurisdicción administrativa*, 2010-2, Rubinzal-Culzoni, p. 49, esp. en p. 70.

[99] Conf. Bocanegra Sierra, *op. cit.*, p. 35, quien da como ejemplos, entre otros, el ejercicio de un derecho de retracto o tanteo o el de una opción.

[100] Sandulli, *op. cit.*, t. I, p. 632.

[101] Ver CSJN, *Serra*, *cit.* en nota 5, *supra*.

[102] En el mismo sentido, Urrutigoity, *op. cit.*

Ante estas decisiones no fundadas en potestad alguna cabe hablar de la inexistencia de acto administrativo o, si la administración pretende imponer al particular los efectos de su decisión, de acto administrativo inexistente. Ello, a su vez, plantea el interrogante de la admisibilidad de la categoría del *acto inexistente*.

2.8. *La "existencia del acto inexistente"*

Graves controversias doctrinarias ha provocado la cuestión de la "existencia del *acto inexistente.*" En nuestro derecho IMAZ defendió tempranamente la utilidad del concepto de acto inexistente tanto en el derecho privado como en el público.[103] BIELSA la admitió implícitamente al sostener que "cuando la administración actúa u obra fuera de toda atribución, solo hay vías de hecho," que abre la jurisdicción ordinaria "pues no hay entonces acto administrativo."[104] Posteriormente GORDILLO escribió páginas valiosas en favor del reconocimiento de la categoría del acto inexistente puntualizando sus diferencias con la nulidad.[105] MARIENHOFF, por el contrario, rechazaba la categoría sosteniendo que cabe hablar de *vías de hecho*.[106] CASSAGNE, por su parte, considera que el acto inexistente es "un mito."[107] Ante la controversia, traigamos a colación el derecho comparado.

El derecho francés conoce la categoría del acto inexistente, la cual se superpone, en ciertos casos, con la vía de hecho.[108] El Consejo de Estado la ha utilizado bajo la locución *nul et non avenu*.[109] AUBY, quien ha sistematizado esa jurisprudencia, encuentra diversas situaciones en las cuales se presenta esta categoría: (i) El caso de usurpación de funciones administrativas como ocurre cuando quien actúa carece de toda investidura o ella ha perimido, o usurpa un poder de decisión que no le corresponde; (ii) el caso de actos sin objeto determinado; y (iii) el caso de actos que afectan al derecho real de propiedad o al principio de separación de los poderes o que carecen de forma.[110]

En España GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ no consideran a la inexistencia un tipo de invalidez sino que atribuyen tal carácter al acto "que carece de los requisitos necesarios para ser considerado como un acto propiamente dicho."

[103] ESTEBAN IMAZ, "Teoría del acto inexistente," *LL*, 89-893.

[104] *Op. cit.*, t. II, p. 6.

[105] *Tratado…*, cit., t. 3, pp. XI-22-30.

[106] *Op. cit.*, t. II, pp. 492-96.

[107] *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. 2, p. 252.

[108] RIVERO / WALINE, *op. cit.*, p. 373; DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 237-38; BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, pp. 263-85. Ver también, WALINE, MARCEL *Droit Administratif*, Sirey, París, 1963, 9ª ed., pp. 445-47.

[109] C.E., ROSAN GIRARD, 31/5/57, Recueil Lebon, p. 355. Ver su comentario en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Dalloz, 2009, 17ª ed., pp. 492-497.

[110] Cit. por BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, p. 301. Una sistematización análoga se encuentra en RAYMOND ODENT, *Contentieux Administratif*, París, Institut d'Etudes Politiques, 1976-81, vol. III, pp. 954-957. En el derecho suizo, la noción paralela a la de la inexistencia del derecho francés es la de la nulidad. (ANDRÉ GRIESEL, *Traité de Droit Administratif*, Neuchatel, Ides et Calendes, 1984, t. I, p. 417.) ENRIQUE SAYAGUÉS LASO sigue a la doctrina francesa en este punto. (*Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, 1963, p. 505.)

Sin embargo, atendiendo al régimen de la nulidad de pleno derecho, que declara imprescriptible la acción de nulidad, incluso a favor del particular, respecto de dichos actos, restringen sobremanera el alcance de la categoría, sin perjuicio de considerar incluidos, entre los actos nulos de pleno derecho, al dictado en ausencia de potestad por ser éste "el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos."[111] A su vez, RAMÓN PARADA sostiene la utilidad práctica de la noción de inexistencia como "un instrumento que permita suplir las deficiencias de construcción técnica de la nulidad, bien para introducir nuevos supuestos allí donde las nulidades aparecen tasadas…, bien para facilitar su ejercicio procesal cuando no se reconocen los poderes de oficio para declararla o cuando la acción de nulidad se considera prescriptible."[112]

Por su parte, la doctrina italiana admite también la categoría y considera *inexistente* al acto dictado fuera de la órbita de las potestades del órgano o, más aún, cuando el órgano administrativo invade atribuciones de los otros poderes del Estado, sea el legislativo o el judicial.[113]

Finalmente, en el derecho comunitario europeo se admite la categoría de la inexistencia, la que se atribuye a aquellos actos "afectados por vicios particularmente graves y evidentes."[114]

La distinción entre el acto nulo y el inexistente es reputada importante en todos los derechos considerados porque frente al acto inexistente no juegan los plazos de caducidad de la acción aunque, en algunos de ellos, sí juegue con respecto al acto nulo.[115] La solución en nuestro país debiera ser la misma.

[111] *Op. cit.*, t. I, pp. 622 y 643, respectivamente. También trata el caso del acto inexistente BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 168.

[112] PARADA, *op. cit.*, t. I, p. 179.

[113] GIANNINI, *op. cit.*, t. II, p. 308; CARINGELLA, DELPINO y DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 477. Esto demuestra que es posible distinguir entre el acto que no se basa en potestad alguna, del acto que, si bien se basa en una potestad, evidencia un mal ejercicio de la misma. Justamente se ha propuesto este criterio en Italia para distinguir la afectación del derecho subjetivo de la del interés legítimo: NIGRO, MARIO, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983, 3ª ed., p. 189. En el mismo sentido se ha dicho que el interés legítimo "presupone la sujeción del particular a una potestad pública." (VIRGA, PIETRO *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffré, 1982, 3ª ed., p. 23.) Sobre el efecto que la inexistencia del acto posee sobre la jurisdicción (administrativa o judicial) competente, ver también CARANTA, ROBERTO, *L'Inessistenza dell' Atto Amministrativo*, Milán, Giuffré, 1990, p. 176.

[114] ALEJANDRO NIETO, "Estudio Preliminar" a la obra de BELADIEZ ROJO, *op. cit.*, p. 14; SCHWARZE, *op. cit.*, p. 976. (Aunque señalando también que idénticos resultados produce una declaración de nulidad absoluta.)

[115] Para el derecho francés, ver CHAPUS, RENÉ, *Droit du Contentieux Administratif*, París, Montchrestien, 2004, 11ª ed., p. 600; PACTEAU, BERNARD, *Traité de contentieux administratif*, París, PUF, 2008, p. 211; BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, p. 369; ODENT, *op. cit.*, vol. III, p. 954; PLESSIX, *op. cit.*, pp. 453-454. Para el derecho español, ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 623. En el derecho italiano GIANNINI (*op. cit.*, t. II, p. 310) sostiene que la tutela de los derechos lesionados por el acto inexistente no debe solicitarse ante el tribunal administrativo sino ante el judicial (con lo que, apuntamos, no rige el plazo de caducidad de 60 días), correspondiendo a este último declarar la inexistencia del acto y no anularlo. Para el derecho comunitario europeo, ver SCHWARZE, *op.*

Obsérvese por otra parte que, si bien puede sostenerse que la inexistencia es un grado —extremo— de la invalidez, en algunas situaciones el acto puede ser válido como acto jurídico pero sin llegar a constituir un acto administrativo. Por supuesto, si la administración pretende extraer de dicho acto los efectos de un acto administrativo, como tal el acto revestirá el grado máximo de la invalidez, o sea la inexistencia.

En el derecho inglés se ha dicho, con un pragmatismo que evita la necesidad de introducirse en honduras metafísicas sobre la existencia de la inexistencia: "Cuando un ente público ha omitido cumplir con un requisito legal, puede haber diferentes resultados. En un extremo del espectro, estarían los casos de una grosera violación de una obligación fundamental: El individuo (afectado) podría simplemente usar ese defecto como defensa sin necesidad de tomar ninguna acción positiva. En el otro extremo del espectro, podrían existir defectos triviales que posiblemente sean ignorados por el tribunal. En el medio, sin embargo, existiría un amplio grupo de casos en los cuales sería conveniente que el individuo impugne la conducta pública, y en los cuales el efecto de la violación dependerá de las circunstancias."[116]

Lo cierto es que cuando un régimen jurídico reconoce efectos al acto viciado de nulidad absoluta, como ocurre con nuestro derecho, debe admitirse una categoría que niegue todo efecto a aquellas conductas administrativas groseramente viciadas como, entre otras, aquellas no basadas en el ejercicio de una potestad. Frente a una conducta estatal inoperante para producir efectos ante el particular a quien va dirigida, llamarla *acto inexistente* o hablar de la *inexistencia de acto* es, en definitiva, un juego de palabras.[117] Lo importante es que dicha conducta no goza de presunción de legitimidad ni de ejecutoriedad, ni rigen, con respecto a su impugnación, los plazos de caducidad. Ella puede ser ignorada por el particular sin consecuencias adversas.

En otros países, como hemos visto, se llega a la solución correcta negando todo efecto al acto afectado de nulidad absoluta. En nuestro derecho la jurisprudencia ha rehusado seguir esta solución. Puede haber incidido para ello la amplísima extensión que da a esta categoría el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 que excede,

cit., p. 977. También en el derecho alemán, la nulidad (por oposición a la anulabilidad) de un acto administrativo se puede plantear en cualquier momento. (SINGH, *op. cit.*, p. 42.)

[116] CRAIG, PAUL, *Administrative Law*, Londres, Thomson - Sweet & Maxwell, 2008, 6ª ed., p. 773.

[117] Llamarla "vía de hecho," como propone MARIENHOFF, por el contrario puede tener consecuencias mucho más serias toda vez que el inciso *(d)* del art. 25 del decreto-ley 19.549/72, cometiendo un grave error, establece un plazo de caducidad para la impugnación judicial de las vías de hecho. Dicho decreto-ley tomó así del derecho francés una teoría innecesaria para el derecho argentino (pues en él no existen tribunales administrativos de competencia general, a los cuales se les podía tener más desconfianza que a los tribunales judiciales y de allí la razón de ser de esa teoría en el derecho francés: MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, *op. cit.*, t. I, pp. 252-55 y 273) pero le quitó un ingrediente esencial que es la inexistencia a su respecto del plazo de caducidad. (BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, p. 264.)

por ejemplo, las causales de nulidad de pleno derecho del derecho español.[118] Es probable que nuestros tribunales, ya recargados de trabajo, hayan adoptado la regla para evitar tener que procesar todas las impugnaciones que se les presentan vencido el plazo de caducidad arguyendo la nulidad del acto, para recién al final del proceso rechazar la acción por considerar meramente anulable al acto en cuestión. Pero ello no quita que condenar a un particular a soportar los efectos de un acto absolutamente nulo por no haberlo cuestionado en un plazo de días, y permitir a la administración impugnarlo eternamente (y sin costo indemnizatorio), constituye una regla injusta.[119] Por ello, la posibilidad de paliar parcialmente esta injusticia mediante la noción de acto inexistente no debe ser desechada.

Tratemos de aplicar estas consideraciones en ejemplos de nuestro derecho. Supóngase que un fallo contra el Estado queda firme. Exigido su cumplimiento por el particular, la administración expide un acto fijando, por ejemplo, un plazo de cinco años para cumplir el fallo. ¿Nos encontramos ante un nuevo acto administrativo que deberá ser recurrido dentro de los 15 días so pena de quedar consentido? ¿Qué ley le ha dado a la administración la potestad de negarse a cumplir una sentencia judicial firme? ¿Diez o quince años de juicio quedan sin efecto como consecuencia de una decisión de un funcionario administrativo? Veamos otra hipótesis: Si el Ministro del Interior comunica a una persona que tiene prohibido salir del país, ¿ésta pierde su derecho a hacerlo si no recurre el acto dentro de los 15 días de habérsele notificado la prohibición?

Se dirá que estos ejemplos son más de laboratorio que de la vida real. Tomemos entonces ejemplos reales.

La Constitución dispone que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley. Por lo tanto, una decisión de un órgano administrativo que pretenda desapropiar a un particular de un bien determinado no constituirá un acto administrativo o, si se prefiere, constituirá un acto inexistente, respecto del cual, insistimos, no puede jugar el instituto de la caducidad de plazos ni la teoría del acto consentido. La Corte Suprema mencionó precisamente la categoría del acto inexistente en el *leading case Los Lagos* en el que resolvió que el decreto por el cual el Poder Ejecutivo dispuso la cancelación del dominio de la actora en el Registro de la Propiedad estaba viciado de nulidad absoluta

[118] Comparar el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 con los arts. 62 y 63 de la ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[119] Conf. ALTAMIRA GIGENA, quien considera que el plazo debiera ser el mismo para la administración y el particular ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, "Los plazos en el derecho procesal administrativo," en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. X, *El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Diké, 2004, pp. 279, 287. BUSTELO, por su parte, considera que los breves plazos para impugnar administrativa y judicialmente las decisiones administrativas, violan el principio de "tutela judicial efectiva" establecido en los Tratados de Derechos Humanos incorporados por el inc. 22 del art. 75 de la CN. (BUSTELO, ERNESTO, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la constitucionalidad de los breves plazos previstos para impugnar administrativa y judicialmente las decisiones administrativas," en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. V, Mendoza, Diké, 2001, p. 71.)

por significar "el ejercicio de funciones judiciales contraviniendo el art. 95 de la Constitución nacional pilar básico del sistema político adoptado."[120] El caso *Los Lagos* se engarza con precedentes anteriores en uno de los cuales la Corte había dicho, en el mismo sentido:

> "… [S]ería atentatorio al orden establecido en la Carta Fundamental en cuanto consagra la división de los poderes del Estado, admitir que el Poder Ejecutivo general o local, se atribuya facultades judiciales para aniquilar por sí y ante sí derechos legítimos, o aparentemente legítimos en virtud de su título, pues como lo ha dicho la Corte, en uno de sus primeros fallos, siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno."[121]

Como se ve esta jurisprudencia encuadra perfectamente en una de las situaciones en las que, en el derecho francés, se reputa inexistente al acto, o sea, cuando la administración se atribuye funciones que corresponden a los otros poderes del Estado.[122]

Sin embargo, estas advertencias no parecen haber sido suficientes porque más de medio siglo después se volvió a repetir la situación: La adjudicación de un paquete accionario vendido en licitación pública por el Estado fue declarada nula por la administración quince años después de haberse transferido la propiedad de ese paquete a los adjudicatarios. La administración pretendió así recuperar directamente la propiedad del paquete accionario vendido y, en la práctica, lo consiguió ya que pasó a detentar el control de hecho de dichas acciones.[123] Ahora bien, una cosa es la nulidad de la adjudicación y otra muy distinta es la re-transferencia de la propiedad de las acciones al Estado, la cual sólo puede ser declarada por un juez. Ninguna ley ha otorgado a la administración la potestad de privar a una persona de su propiedad sin intervención judicial y, de acuerdo con la prescripción constitucional, ninguna ley podría hacerlo.[124]

[120] Cit. en nota 84, *supra*. MARIENHOFF interpreta la jurisprudencia de la Corte Suprema como asimilando el acto inexistente con el acto viciado de nulidad absoluta. (*Op. cit.*, t. II, p. 476.)

[121] CSJN, *Compañía de Petróleo La República y otros c/ Prov. de Salta*, 1932, *Fallos*, 164: 140. Ver, en el mismo sentido, CSJN, *Francisco Rodríguez Melero c/ Nación Argentina*, 1939, *Fallos*, 185: 177.

[122] Ver nota 110 *supra*, y texto que la acompaña.

[123] Ver, en este sentido, el decreto 315/07 y CNCom, Sala A, 20-VII-07, *Inversora Dársena Norte S.A. s/quiebra*, con nota de J.C. CASSAGNE, "Potestad jurisdiccional del Juez del concurso para dictar medidas cautelares de suspensión de actos administrativos," *LL Online* AR/JUR/4648/2007,) suspendiendo sus efectos.

[124] Sin embargo, de poco serviría la construcción que proponemos si, en caso de falta de impugnación del acto que declara nula la licitación, el mismo quedara consentido y, por ende, debiera prosperar necesariamente la acción de recuperación de la propiedad de las acciones. Obviamente, a

Párrafo aparte merece el costo del cuestionamiento judicial de las ilegalidades en que incurre la administración para evitar que se las considere consentidas. Obligar a un particular a pagar, como tasa de justicia, el 3% de la suma que la administración sostiene que se le adeuda, sin potestad administrativa que sostenga tal pretensión (es decir, sin que se trate, por ejemplo, de una relación tributaria en la cual dicha potestad claramente le corresponde) bajo pena de dejar consentida la pretensión, es una conclusión totalmente reñida con nuestro sistema constitucional.

2.9. *Potestad, competencia y cometido*

Los conceptos "potestad," "competencia" y "cometido" tienen cierta vinculación como que describen los diversos tipos de habilitación para actuar que puede ser conferida a los órganos administrativos. También se habla de "atribución."[125]

La terminología no es uniforme. Así, entre los conceptos de potestad y competencia existe cierta confusión. La legislación española nos habla de "las potestades y competencias administrativas," sin distinguirlas unas de otras.[126] La explicación clásica es que "la competencia es la medida de la potestad que pertenece a cada órgano,"[127] o "la medida del ejercicio de las atribuciones."[128]

La relación entre estos conceptos la expresa así GIANNINI: "La noción de atribución es derivable de la jurisprudencia de la Corte de Casación relativa a la

la decisión que declara nula una licitación no se le podría negar el carácter de acto administrativo. ¿Cómo solucionar entonces la cuestión sin convertir al juez en un simple ejecutor de la voluntad administrativa considerada consentida por el particular? Una solución posible sería considerar extinguida la potestad revocatoria de la administración una vez cumplido totalmente el acto, obligando así a la administración a iniciar la acción de lesividad: así lo sostuvo expresamente la Corte Suprema en el caso *Los Lagos*. (Nota 84 *supra*.) Ello es lo que surgiría, además, de una aplicación razonable del principio de la estabilidad del acto administrativo que establecen los arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549 dado que esta última norma limita la revocación en el caso de los actos cuyos efectos se están cumpliendo, lo que permite inferir que la facultad revocatoria no existe cuando los efectos del acto se han cumplido totalmente. Allí sí es necesaria la acción de lesividad, especie que se ha vuelto inexistente en nuestra práctica gracias a la jurisprudencia que ha desnaturalizado el régimen de la cosa juzgada administrativa. (Ver nota 89, *supra*.) Obsérvese que no queda el Estado desprotegido con esta solución dado que puede obtener una medida cautelar sobre las acciones en discusión y, si la nulidad de la licitación es procedente y no han transcurrido aún los plazos de prescripción aplicables, recuperar las acciones devolviendo el precio cobrado. Lo que se impide es la desposesión del particular por la mera decisión administrativa obligándolo a iniciar una larga acción de recupero de la propiedad o repetición del precio pagado. En contra de esta interpretación ver ROSA ALVES, ESTEBAN J., "Inexplicable desconocimiento de la potestad revocatoria de la Administración en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal: A propósito del caso «Tandanor;»" *RAP*, N° 390, 2011, p. 57.

[125] Cfr. BARRA, RODOLFO CARLOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, t. 2, pp. 204-206; CASSAGNE, *op. cit.*, t. I, p. 252. En el derecho italiano trata el tema, entre otros, GIANNINI, *op. cit.*, t. 1, pp. 239-243 y t. 2, pp. 68-74.

[126] MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, t. I, p. 522.

[127] GARRIDO FALLA, con cita de D'ALESSIO (*op. cit.*, t. I, p 424); en el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 155.

[128] GIANNINI, *op. cit.*, t. 1, p. 241.

carencia de poder; en realidad la jurisprudencia nunca ha hablado expresamente de atribución, pero la noción está implícita en la separación que ella ha hecho entre el vicio de competencia (medida del poder) y el vicio que va más allá de la competencia, alcanzando «la carencia absoluta de poder.»"[129]

De allí que, en Italia, la existencia o inexistencia de la potestad tenga incidencia en el reparto jurisdiccional. Es corriente la posición que distingue la ausencia de la potestad de su ejercicio incorrecto para determinar la jurisdicción competente —judicial o administrativa—, debiendo recordarse que sólo ante la jurisdicción administrativa juega el plazo de caducidad de 60 días. Así NIGRO apunta que la jurisprudencia se ha mantenido fiel al siguiente criterio:

> "[T]oda vez que se impugne el mal uso del poder de la administración, se hace valer un interés legítimo y la competencia corresponde al juez administrativo, mientras que hay una cuestión de derecho subjetivo y (procede) la competencia del juez ordinario (o sea del tribunal judicial) cuando se impugna la existencia misma del poder."[130]

En nuestra opinión, la potestad debe ser considerada como la manifestación primigenia de la competencia. Como dice GIANNINI, la potestad "sería siempre una situación jurídica preliminar."[131] Su base es exclusivamente constitucional o legal, y en este último caso específico y no general. Tal, por ejemplo, la potestad de controlar la actividad cambiaria que la ley ha atribuido al Banco Central.[132]

Como dice un autor español: "El proceso de distribución de competencias en el seno de una Administración comienza con la atribución a la administración en cuanto persona jurídica de una determinada potestad, atribución que tiene que ser realizada previamente por una norma." Por ello, "no puede haber competencia si no hay previamente una potestad que repartir."[133]

Comprobada, pues, la existencia de una potestad constitucional o legalmente conferida al Poder Ejecutivo o a otro ente público, deberá determinarse el órgano competente para ejercerla. Aquí entra en juego el concepto de competencia y las reglas sobre su distribución entre los diferentes órganos de la administración.[134] Así, por ejemplo, la Carta Orgánica del Banco Central establece primero las

[129] GIANNINI, *op. cit.*, t. 1, p. 242. La distinción entre la carencia de poder ("jurisdiction") y el mal uso del mismo tiene larga prosapia: CRAIG (*op. cit.*, p. 760) cita varios casos ingleses del 1600 en ese sentido.

[130] NIGRO, *op. cit.*, p. 189. En el mismo sentido, L. MAZZAROLLI, en AA.VV., *Diritto Amministrativo*, *op. cit.*, t. II, pp. 1515-1516.

[131] GIANNINI, *op. cit.*, t. 2, p. 73.

[132] Así lo ha caracterizado la jurisprudencia: CNFed. CA, sala II, 26-III-1985, *Ossola, SA v. Banco Central*, *LL* 1985-E-280, mencionando la Carta Orgánica del Banco Central y la "Ley de Casas de Cambio." (Decreto-ley 18.924/71.)

[133] BURLADA ECHEVESTE, JOSÉ LUIS, *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la administración*, Oñati, IVAP, 2004, p. 155.

[134] Ver Ley de Ministerios 22.250, t. o. decreto 438/92, art. 13; decreto-ley 19.549/72, art. 3.

"atribuciones" (potestades) del ente y luego distribuye las competencias entre el Directorio, su Presidente y otros funcionarios superiores del ente.[135]

Por su parte, los cometidos son las habilitaciones que confiere, por ejemplo, la Ley de Ministerios para intervenir en la gestión interna de los asuntos del Estado, sin proyección externa. Como tiene dicho la Procuración del Tesoro dicha ley no distribuye competencias sino cometidos, o sea "los rubros y materias en los que le corresponde entender a cada uno de los (Ministerios.)"[136] Ello es necesariamente así porque si se considerara que la Ley de Ministerios es atributiva de potestades o competencias, dada la omnicomprensión de sus normas no sería necesaria ninguna otra ley para que la administración pudiera avanzar, en todos los asuntos posibles, sobre los derechos de los particulares. Ello no impide que, juntamente con los cometidos que les otorga la Ley de Ministerios, a cada uno de esos órganos se les pueda otorgar competencias ya sea a través de leyes específicas o merced a delegaciones que les efectúe el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad delegatoria que contiene la misma Ley de Ministerios.

Creemos que ésta es la forma más clara (no la única) de describir los distintos tipos de facultades de que gozan los órganos del Estado.

De todos modos, más allá de las diferencias terminológicas puede existir una cierta coincidencia conceptual: El acto dictado con falta de potestad o atribución (para unos), o con incompetencia absoluta de materia por no tratarse de una potestad atribuida a la administración, sino —en todo caso— a uno de los otros dos poderes del Estado (para otros), es inexistente. Falta de potestad e incompetencia absoluta son dos formas de expresar una misma consecuencia: La inexistencia del acto. Coinciden en ello tanto la doctrina francesa como la italiana.[137] En nuestro derecho DIEZ y GORDILLO aceptan esta tesis.[138]

Se podrá decir que, en definitiva, la distinción entre potestad y competencia, y con ella toda la construcción que realizamos, es innecesaria ya que, aun aceptando las definiciones del acto administrativo basadas en la presencia de "función administrativa," bastaría con declarar inexistentes los actos dictados con "incompetencia absoluta" para alcanzar los mismos resultados. Pero ocurre que el decreto-ley 19.549/72 no define al acto administrativo pero sí incluye, entre las causales de nulidad absoluta, a la incompetencia por razón de la materia, sin discriminar entre los supuestos de falta de atribución total de competencia a la administración y aquellos otros de ejercicio de la competencia por un órgano

[135] T. O. por ley 24.144, arts. 3, 10, 11, 14, 46 y 47.

[136] Dictamen del 17-XII-1970, Expte. 9261/69, con cita de dictámenes 111:325/26. Para BARRA, "cometidos" son los objetivos concretos que debe perseguir el órgano, mientras que la competencia por materia "es un ámbito de actuación jurídica del órgano." (BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. 3, p. 609.)

[137] Para Francia e Italia, ver sección 2.8 y notas 110 y 113 *supra*, respectivamente. Para una comparación de las doctrinas italiana y francesa sobre inexistencia del acto administrativo, ver CARANTA, *op. cit.*, p. 171.

[138] Conf. DIEZ, *Derecho Administrativo,* cit., t. II, p. 373; GORDILLO, *op. cit.*, t. 3, p. VIII-39.

diferente del titular de dicha competencia y no jerárquicamente subordinado a él. Ello posibilita el argumento *ubi lex non distinguit*, ya utilizado por la jurisprudencia del fuero con respecto a los plazos de caducidad.[139] Por otra parte, al hablar de "función administrativa" se enfatiza el tipo de actividad que lleva a cabo el órgano, mientras que al hablar de "potestad" el énfasis recae sobre la habilitación constitucional o legal como condición necesaria y previa para la existencia del acto administrativo. Así, la referencia a la "función administrativa" permite considerar acto administrativo prácticamente a toda expresión de voluntad de la administración pública: El "acto jurídico de la función administrativa" según la cita de González Pérez,[140] con lo cual el recibo de sueldo de un empleado público podría ser considerado acto administrativo. Se parte entonces de una definición amplísima que luego resulta muy difícil acotar. Por el contrario, si se parte de la noción de "potestad" se pone de relieve la especificidad del concepto de acto administrativo y, además, se justifican los requisitos que, para su dictado, establece el artículo 7° del decreto-ley 19.549/72.

3. *Algunas situaciones especiales*

3.1. *La inexistencia parcial*

Dado que un acto administrativo puede tener objeto múltiple e incluir así varias disposiciones en su texto, no hay inconveniente en considerar que solamente una parte del acto no constituye un acto administrativo, por ausencia de potestad. De lo contrario sería posible "camouflar" decisiones no imperativas, o groseramente viciadas, dentro de un acto válido en otros aspectos y argumentar que el acto constituye un todo inescindible y debe ser recurrido o consentido en su totalidad.

La inexistencia, a la que cabe considerar en algunos casos como el grado máximo de la invalidez, puede ser parcial así como puede haber nulidades parciales. En este sentido, Diez sostiene que la invalidez parcial tiene lugar "cuando un acto, que formalmente es único, contiene, sin embargo, diversas providencias, cada una de las cuales tiene su autonomía."[141]

3.2. *Los contratos del Estado*

La situación de los contratistas estatales es particularmente compleja a raíz de la exagerada extensión, entre nosotros, tanto de la figura del contrato administrativo

[139] Ver nota 89, *infra*.

[140] Ver nota 62, *supra*.

[141] Diez, *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, p. 396. El art. 20 del decreto-ley 19.549/72 prevé la existencia de elementos válidos en un acto nulo, con lo cual admite, implícitamente, la existencia de aspectos nulos en un acto parcialmente válido. En España, el art. 66 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común admite la validez parcial. (Ver Beladiez Rojo, Margarita, *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 281-283.)

como de las prerrogativas que, en su ámbito, se le reconocen a la administración, situación magnificada por el decreto 1023/01.

Como ya hemos tratado el tema en extenso en otros trabajos,[142] nos limitaremos a apuntar aquí algunas observaciones.

En primer lugar, dicho decreto prácticamente declara de carácter administrativo a la casi totalidad de la contratación estatal,[143] con lo cual la categoría del contrato privado de la administración ha quedado reducida a su mínima expresión. Ello significa, en la práctica, que cuando se suscite cualquier controversia respecto de un determinado contrato del Estado, la administración probablemente invocará su calidad de carácter administrativo para justificar su conducta, y será una batalla cuesta arriba demostrar lo contrario.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 12 de dicha norma, la autoridad administrativa tiene extensísimas facultades, entre ellas las de modificación y rescisión unilateral por razones de interés público, ejecución directa, inspección, control y dirección de la contratación. Y ello respecto de todos los contratos sujetos a su régimen, y de todos los aspectos de cada uno de dichos contratos, sin distinción alguna, con lo cual en un contrato de consultoría la administración podría, por ejemplo, inspeccionar las oficinas de los consultores y dirigir su labor. Es particularmente pertinente para el presente análisis el inciso *(a)* de ese artículo ya que, según él, "[l]os actos administrativos que se dicten en consecuencia (de las facultades que el mismo artículo reconoce a la administración) tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la ley N° 19.549 y sus modificatorias."[144]

[142] Entre otros trabajos, ver "De la inutilidad o peligrosidad de una teoría general del contrato administrativo," *ED*, 179-675, y "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en "El Contrato Administrativo en la Actualidad," *LL*, mayo 2004, p. 3.

[143] Su art. 4° declara comprendidos en su régimen a los siguientes contratos: "a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias." Además, según su art. 1°: "Toda contratación de la administración nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado."

[144] Un reciente fallo de la Corte Suprema ha arrojado una bocanada de aire fresco al negarle a la administración la potestad de modificar unilateralmente el contrato pese a su carácter administrativo: CSJN, *Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón*, 2004, *Fallos*, 327: 5356, donde dijo "los contratos administrativos constituyen una ley para las partes [...] en ellos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), y la modificación unilateral llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista no puede ser justificada a la luz de los expresamente dispuesto en el art. 1197 C. Civ." Si se confirmara la tendencia de este fallo, todo el derecho de los contratos administrativos habría sufrido un cambio copernicano, con lo cual restarían solamente las prerrogativas previstas expresamente en la ley (por ejemplo en el art. 29 de la Ley de Obras Públicas) o en la documentación contractual. Sin embargo, por tratarse de un contrato celebrado en jurisdicción provincial, subsistirían aún las dudas antedichas con respecto a los contratos celebrados con el Estado nacional. Curiosamente, este fallo no ha despertado el interés de nuestros comentaristas, seguramente por su discrepancia con una de las "vacas sagradas" del derecho administrativo argentino: La mutabilidad del contrato administrativo.

Ya sea, entonces, que el decreto citado tenga rango legislativo, como se le pretendió dar en virtud de la delegación efectuada por la ley 25.414,[145] o que se considere que ha mediado aceptación expresa o tácita de sus disposiciones por los contratistas que han aceptado contratar con el Estado nacional a partir de su sanción, será difícil escapar a la obligatoriedad de sus disposiciones.

De allí que toda decisión que tome la administración nacional en el curso de una relación contractual podría pretender al carácter de acto administrativo y, en caso de reputársela ilegítima, debería ser oportunamente impugnada por el particular bajo riesgo de que se la considere consentida y, por ende, válida no importa cuán violatoria ella sea de los derechos del contratista.[146]

3.3. *Los actos regidos por el derecho privado*

Los actos regidos por el derecho privado constituyen una importante categoría de actos en los cuales el Estado no puede invocar una potestad administrativa a su favor. Sin embargo, la existencia inevitable de aspectos regidos por el derecho administrativo en estos actos, como en toda conducta estatal, puede inducir a confusión.

Así, LINARES incluye a los actos jurídicos unilaterales adoptados por la administración que estén sometidos al derecho privado en cuanto a su objeto, entre los actos administrativos, proponiendo para ellos el término "actos administrativos de objeto privado."[147] BALBÍN considera que se debe aplicar a estos actos "básicamente" el decreto-ley 19.549/72 y "sólo respecto del objeto de acto" el derecho privado.[148] MARIENHOFF, por el contrario, no considera actos administrativos a aquellos realizados en la esfera del derecho privado.[149]

Aun admitiendo que ningún acto emanado de la administración se halla regido enteramente por el derecho privado, consideramos peligroso darle el nombre de "acto administrativo" a decisiones que la administración toma con respecto a relaciones regidas por ese derecho por cuanto se posibilita de esa manera atribuirles los efectos típicos del acto administrativo. En el derecho francés la solución es clara: No se pueden considerar actos administrativos, dice DELVOLVÉ,

[145] ALIANAK considera que los objetivos del decreto-ley 1023/01 "exceden ampliamente el marco de delegación en razón de la emergencia." (ALIANAK, RAQUEL C., "El decreto 1023/2001 sobre contrataciones de la Administración Pública – Inquietudes y Comentarios," Contrataciones del Estado, *LL Online*.)

[146] AGUILAR VALDEZ critica la exigencia de impugnar todas las decisiones que se dictan en el transcurso de una relación contractual para evitar que queden consentidas. (AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., "El Agotamiento de la Vía Administrativa," en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, p. 89.) Sobre cómo se favorece la corrupción estableciendo un régimen contractual opresivo para el contratista privado, ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, Cuadernos Res Publica, 2007, pp. 81-83.

[147] LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 209-210.

[148] *Op. cit.*, t. II, p. 22.

[149] *Op. cit.*, t. II, pp. 255-259.

a los actos adoptados por órganos de la administración que se refieren a relaciones de derecho privado y añade "estos actos corresponden al contencioso judicial porque no ponen en juego ninguna prerrogativa de poder público."[150] Nuevamente vemos cómo el derecho argentino expande el ámbito del derecho administrativo en relación con su modelo francés.

Las dos áreas en las cuales se plantea con más frecuencia la aplicación del derecho privado a conductas administrativas son el área societaria y el área contractual.

En el área societaria porque frecuentemente se suscitan problemas para distinguir el derecho aplicable a las actuaciones de aquellos funcionarios públicos que han sido designados directores en el seno de personas jurídicas constituidas bajo el derecho privado en las cuales el Estado tiene participación, sea ella total, mayoritaria o minoritaria. El tema es arduo y, por haberlo tratado en trabajos anteriores a los cuales nos remitimos, le dedicamos una breve mención, pero no está de más recordar una de sus conclusiones: Ningún director que la administración elija en una sociedad anónima privada goza de potestad pública alguna en el ejercicio de ese cargo.[151]

Analicemos, en este capítulo, el área de los contratos de derecho privado que celebra la administración, que aún existe pese a las disposiciones del ya mencionado decreto 1023/01.

Supongamos que en un boleto de compraventa de un inmueble privado, el Estado, comprador, notifica al vendedor una fecha de escrituración que se aparta de lo pactado. El vendedor se niega a escriturar en esa fecha e insiste en lo pactado. ¿Acaso deberá interponer un recurso contra dicha notificación para que no se la considere consentida? ¿Qué ley ha dado potestad a la administración para apartarse de lo pactado, a menos que demos a la noción de contrato administrativo una extensión desorbitada tanto lo que respecta a dicha noción como a sus consecuencias?

Otro ejemplo, éste tomado de la realidad, prueba nuestra tesis con elocuencia: El Banco Nacional de Desarrollo había otorgado su aval a un documento cambiario emitido por un particular. Como el deudor principal no lo honró a su vencimiento, el mismo fue presentado ante el banco avalista el cual rechazó el pago. Promovida la acción de cobro, el fiscal (hoy magistrado del fuero contencioso-administrativo) se pronunció en contra de la habilitación de la instancia con el argumento de que no se había agotado la instancia administrativa frente al acto —la negativa de

[150] Delvolvé, Pierre, en Dalloz, *Encyclopédie de Droit Public, Répertoire de Contentieux Administratif*, París, Vocablo "Acte Administratif," 2001, nº 129. En el mismo sentido se cita el arrêt *Formery* del C.E. de 1966 en que se decidió que los actos de gestión del dominio privado del Estado no son actos administrativos. (Seydou Traoré, *Droit des Proprietés Publics*, París, Vuibert, 2008, p. 380.)

[151] Mairal, Héctor A., "El Estado como empresario," en la obra de AA.VV. *Tratado de la Empresa*, dirigida por Ana Piaggi, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, t. II, p. 591. Antes habíamos tratado un tema análogo en "Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo," *LL* 1981-A-790. En el presente trabajo ver Sección 3.4, *infra*.

pago— de una entidad autárquica como lo era el Banco Nacional de Desarrollo. Cabe aquí preguntarse qué ley había otorgado al banco mencionado *la potestad* de no pagar ciertas obligaciones. Podía estar en su derecho al no hacerlo, pero su decisión no merecía presunción de legitimidad ni las consecuencias procesales que derivan del acto consentido.[152]

Actitudes judiciales como la descripta, que dista de ser excepcional, son fomentadas por el nombre ambiguo que se da a estos actos. Es que, ante estas situaciones, decir que nos encontramos frente a *actos administrativos de objeto privado* no puede menos que inducir a confusión. Tales actos ni tienen presunción de legitimidad ni necesitan ser recurridos, lo que no obsta a que —en todo caso— se aplique el derecho administrativo para determinar, por ejemplo, la competencia del funcionario que llevó a cabo la conducta en cuestión.[153]

Ahondemos, sin embargo, el análisis. Supongamos que en una relación de derecho privado, la administración ejerce una facultad prevista en ese derecho, por ejemplo para rescindir anticipadamente el contrato. El particular considera que esa decisión ha sido tomada por razones impropias que nada tienen que ver con el interés público. (En el ejemplo, porque el particular es un opositor político.) ¿Puede interponer un recurso administrativo? ¿Rigen a ese respecto los plazos de caducidad aplicables?

[152] En la especie, el juez habilitó la instancia sobre la base de un curioso argumento: El alto monto pagado por el actor en concepto de tasa de justicia. Puede preguntarse por qué se inició la acción ante el fuero contencioso-administrativo: El abogado actuante confesó que lo hizo para evitarse la cuestión de competencia que generalmente plantea el Estado cuando se ocurre ante el fuero civil y comercial federal y que podría haber demorado dos años en resolverse.

[153] DIEZ y GORDILLO también consideran actos administrativos a los actos cuyo objeto está regido por el derecho privado. (DIEZ, MANUEL M., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 210; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado…*, t. 3, *op. cit.*, p. II-29-35.) Sin embargo, ninguno de estos autores sostiene expresamente que dichos actos quedan consentidos en caso de falta de impugnación. Si bien GORDILLO opina que "[n]o existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto," luego se refiere a la procedencia del recurso jerárquico y a los límites de derecho público que le son aplicables con lo cual demuestra que su posición busca aumentar, y no disminuir, la protección jurídica del particular. (*Tratado…*, t. 3, *op. cit.*, cap. II, sec. 14.) Por su parte, DIEZ no admite la ejecutoriedad de los actos privados de la administración. (*El Acto Administrativo*, *op. cit.*, p. 265.)

Hay varias respuestas posibles. Una es negar la posibilidad de plantear un recurso administrativo.[154] Otra es admitir, bajo la teoría del acto separable,[155] la impugnación administrativa de la alegada ilegitimidad, dentro del plazo de caducidad, dejando sujeto a prescripción los aspectos regidos por el derecho privado en cuanto el particular considere que la administración carecía del derecho de rescisión. La caducidad se aplicaría, en todo caso, a la ilegitimidad, entendiendo a ésta como un vicio de derecho público, mientras que la ilicitud, entendiéndola como la violación del derecho privado,[156] podría plantearse dentro del plazo de prescripción sin que juegue a su respecto la teoría del acto consentido.

Un acto emitido por la administración cuyo objeto está sujeto al derecho privado, no se convierte en acto administrativo por ser recurrido en sede administrativa. Pero ¿qué decir de la decisión de ese recurso? Pareciera difícil negarle a tal decisión la categoría de acto administrativo, pero si reflexionamos sobre los ejemplos planteados veremos que es necesario matizar la respuesta. En cuanto el recurso, y su resolución, se refieran a temas de derecho privado, dicha resolución no será idónea para modificar *per se* la esfera de derechos del particular, como no lo fue el acto inicial: No existe, ni puede existir, ninguna ley que otorgue a la administración tal potestad en términos genéricos y, como hemos dicho, el decreto-ley 19.549/72 es insuficiente a tales efectos.[157] Si, por el contrario, el particular plantea un aspecto de derecho público, como en el ejemplo mencionado, deberán

[154] Gordillo sostiene la procedencia de los recursos administrativos contra los actos de la administración sujetos al derecho privado, con cita de dictámenes de la Procuración del Tesoro en el mismo sentido: *Tratado…*, t. 3, *op. cit.*, p. II-33. Marienhoff niega tal procedencia. (*Op. cit.*, t. II, p. 258.) La regla en Francia es que los recursos administrativos proceden contra toda decisión de una autoridad administrativa, incluso aquellas que corresponden a la gestión sujeta al derecho privado (Truchet, Didier, "Recours Administratifs," en Dalloz, *Encyclopédie de Droit Public*, *op. cit.*, n° 20 y 162); en el mismo sentido Brisson, Jean François, *Les recours administratifs en droit public français*, París, L.G.D.J., 1996, p. 241. En España no se admiten los recursos administrativos contra los actos de derecho privado correspondiendo, por el contrario, la interposición de una reclamación previa: Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, arts. 53, 107 y 120-6. Ver su comentario en González Pérez, Jesús / González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Civitas, 1997.

[155] Así como se admiten en Francia los actos separables, que pueden impugnarse ante el tribunal administrativo, en las relaciones que surgen del uso del dominio privado del Estado sujetas al derecho privado: Gaudemet, Yves, *Traité de droit administratif – Droit Administratif des Biens*, t. 2, París, L.G.D.J., 2008, 13ª ed., pp. 340-341. Es lo que sostuvimos en nuestro *Control Judicial…*, *op. cit.*, t. I, pp. 296-297.

[156] Cfr. la distinción tradicional italiana, hoy criticada por algunos, entre ilegitimidad, como violación de normas de acción que protegen intereses legítimos, y la ilicitud, como violación de normas de relación que protegen derechos: Virga, *op. cit.*, pp. 380-381; Giannini, *op. cit.*, t. 2, pp. 328-331.

[157] Aquí se observa lo inapropiado de la reforma introducida al art. 31 del decreto-ley 19.549/72 por la ley 25.344, que aplica la teoría del acto consentido a quien invoca ante el Estado una pretensión que no consiste en la anulación de un acto administrativo y no impugna en plazo el silencio de la administración ante su pedido de pronto despacho del reclamo administrativo previo. El silencio crea así efectos análogos a los de un acto administrativo donde no había, ni podía haber, ninguno.

aplicarse los plazos de caducidad solo en lo que respecta a la impugnación regida por el derecho público.

Admitimos que la solución no tiene la claridad grata a los profesores de derecho, pero la realidad es compleja y las otras dos alternativas son peores: O no admitir el recurso administrativo o aplicar los plazos de caducidad a una decisión administrativa que, por incidir en una relación de derecho privado, no se apoya en potestad alguna. Entre estas dos, es preferible la primera alternativa. Sin embargo, en rigor, deberíamos concluir que la caducidad puede regir respecto de los vicios de que adolezca el acto que estén regidos por el derecho público, pero que la violación del derecho privado puede plantearse dentro del plazo de prescripción.[158]

3.4. *Los actos emanados de ciertas personas jurídicas de propiedad del Estado*

La exigencia de una potestad para determinar la existencia de un acto administrativo permite dar solución adecuada al problema de los actos emanados de personas jurídicas de propiedad, total o mayoritaria, del Estado, pero no incluidas dentro de la enumeración de aquellas que poseen carácter público según el artículo 33 del Código Civil. Nos referimos, por lo tanto, a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta, y las sociedades anónimas regidas por la Sección V del Capítulo II del decreto-ley 19.550/72 (o sea las sociedades anónimas regidas por el régimen de las sociedades privadas) que son de propiedad total o mayoritaria del Estado.[159]

La cuestión debe analizarse distinguiendo la esfera externa de la administración de aquella que hemos denominado "doméstica."

En la esfera externa, es decir, cuando se trata de actos que pretenden unilateralmente producir efectos hacia la esfera jurídica de los particulares, la naturaleza de los actos emanados de dichos entes no dependerá de la "naturaleza jurídica" del ente sino de la pre-existencia de una potestad que le atribuya al mismo la posibilidad de afectar los derechos privados. Si dicha potestad no existe, los actos que dicte el ente no serán administrativos, como no lo son los actos emanados de la administración central en ausencia de potestad habilitante.

[158] Respetando, en su caso, el plazo de caducidad resultante del art. 31 del decreto-ley 19.549/72 según su reforma por la ley 25.344.

[159] Se ha creado el nombre de "sociedades anónimas bajo injerencia estatal" o "SABIE" para estas últimas, grupo en el que se pretende incluir también a aquellas sociedades anónimas en las cuales la ANSeS posee hoy participaciones minoritarias como resultado de la estatización de las AFJP por la ley 26.425. (Carbajales, Juan J., "Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal – SABIE," Buenos Aires, RAP, 2011.) En realidad, cuando el Estado adquiere una participación minoritaria en una sociedad anónima privada sería más republicano denominarla, a lo sumo, "sociedad anónima *con* injerencia estatal" y no incluirla dentro de una categoría común con aquellas sociedades controladas por el Estado. Tratamos el tema en nuestro capítulo "El Estado como empresario," *op. cit.*, p. 629.

En dicha esfera, no es la naturaleza del sujeto sino la pre-existencia de una potestad lo que define la naturaleza del acto: A falta de potestad no existe acto administrativo ni aunque el acto emane de la misma administración central. A la inversa, pueden existir actos administrativos que emanan de sujetos de derecho privado cuando se ha delegado en ellos potestades públicas.[160]

Por el contrario, dentro de la esfera doméstica, es decir, cuando el ente realiza los cometidos que le han sido encargados sin pretender afectar unilateralmente los derechos de los particulares, la naturaleza del ente sí podrá ser importante para determinar si nos encontramos frente a actos administrativos que gozarán de las prerrogativas del art. 12 del decreto-ley 19.549/72 y podrán ser impugnados por los recursos administrativos. Desde ya que ello nunca podrá ocurrir con las sociedades anónimas de derecho privado en las cuales la participación estatal sea minoritaria. En las demás, la existencia de un acto administrativo dependerá del tipo de actividad en cuestión.[161]

3.5. *Las relaciones especiales de sujeción*

Una situación que puede plantear dudas acerca de la necesidad de la pre-existencia de una potestad para posibilitar la emisión de actos administrativos es aquella que resulta de las llamadas *relaciones especiales de sujeción*. En su ámbito existiría una potestad genérica, y no específica, para imponer unilateralmente obligaciones a los particulares en él comprendidos.

Esta teoría se originó en Alemania a fines del Siglo XIX y le dio su forma definitiva Otto Mayer. Decía este autor: "Hay en el derecho público una clase especial de relaciones que contienen un poder general a favor de la autoridad: Se les ha dado el nombre de relaciones de sujeción particular."[162] Y más adelante agregaba: "Sujeción significa vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior."

Las relaciones especiales de sujeción han sido definidas más recientemente como "el estado de libertad restringida en el que quedan colocados determinados administrados que traban una relación de inmediatez o intimidad con la administración por el natural repliegue que sufre la reserva de ley en estas relaciones."[163]

Entre nosotros, observaba Salomoni que la teoría de las relaciones de especial sujeción se asienta sobre tres principios:

[160] Ampliar en Gordillo, *Tratado…*, *op. cit.*, t. 3, pp. I-11/26.

[161] Cfr. CSJN, *La Buenos Aires, Cía. de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.*, 1988, *Fallos*, 311: 750. Un ejemplo de las idas y vueltas en que incurre el mismo Estado lo da ENARSA, ente constituido como sociedad anónima privada pero de capital íntegramente estatal, que comenzó contratando bajo el derecho privado para luego declarar aplicable a sus contratos la Ley de Obras Públicas. (Mairal, "El Estado como empresario," *op. cit.*, p. 611.)

[162] Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, traducción al español, Madrid, Depalma, 1982, 2ª ed., t. I, p. 134.

[163] López Benítez, *op. cit.*, p. 39.

"i) [U]na máxima vinculación o un plus de vinculación del administrado a la administración producida por la relación de sujeción especial;

ii) un déficit de legalidad que se torna legal por esa especial relación de sujeción; y

iii) una disminución de los derechos fundamentales."[164]

Las categorías de personas respecto de quienes se le aplicó inicialmente esta teoría fueron los reclusos, los militares, los funcionarios públicos, los policías y los estudiantes de institutos oficiales. Sólo posteriormente se pretendió incluir en ella a los concesionarios de servicios públicos.[165]

Nuestro sistema constitucional no puede dar acogida a esta teoría nacida en la Alemania imperial del Siglo XIX.[166] Más allá del adelanto que, en su momento, significó la obra de MAYER en el derecho alemán, no pueden silenciarse sus continuas referencias al *príncipe* y a los *súbditos*, comprensibles para la época en que él escribía pero que reflejan concepciones hoy obsoletas. Menos aún se puede permitir la extensión de esta misma teoría —pensada inicialmente para los presos, los militares y los funcionarios públicos—[167] a los concesionarios y contratistas del Estado[168] y a quienes llevan a cabo actividades privadas sujetas a regulación estatal.[169]

[164] SALOMONI, JORGE L., "La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho Público Argentino," en *Problemática de la Administración Contemporánea*, Inst. de Der. Adm. de la Univ. Notarial Argentina, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 154.

[165] LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 65-81.

[166] Conf. SALOMONI, *op. cit.*, p. 153. En España JULIÁN ROLÓN MUÑOZ ha calificado a dicha noción "heredera de principios monárquicos, acuñados por la dogmática alemana del Derecho Público del siglo XIX, incompatibles con la sociedad democrática de nuestros días." (*Cit.* en el voto de la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI en el fallo S.C. Mendoza, Sala I, 14-XI-2000, *García de Barrancos, Adriana, c/ Dirección Nacional de Escuelas*, Lexis N° 30002075.)

[167] Son los tres ejemplos que se continúan mencionando hoy día: Así, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 452.

[168] La C.N. Cont. Adm. Fed. en CNFed. CA, Sala I, 5-IX-1995, *Edenor S.A. c/ Secretaría de Energía*, J.A. 1996-III-128, resolvió que "… la concesionaria se encuentra frente a la Administración en una situación de especial sujeción," aunque aclarando a renglón seguido "bajo la observancia estricta del principio cardinal de legalidad administrativa," con lo cual no se puede saber si dicha sujeción agrega algo a la solución del caso. Concuerda con la existencia de una relación de sujeción especial respecto de las licenciatarias de un servicio público: STEFANELLI, CARLOS A. R., "Especial sujeción y proceso sancionatorio en el marco del proceso de privatización del sector público," Lexis n° 0003/014580, con cita de los fallos CNFed. CA, Sala I, *in re Metrogas S.A. c/ Enargas*, *LL*, 1998-E-531; y de las Salas II, III y V *in re Edesur c/ ENRE* del 3-II-1996, 2-IIV-1996 y 16-VIII-1995 respectivamente.

[169] Así, un supermercado privado fue incluido en una "relación especial de sujeción de carácter público": C.A. Cont. Adm. Trib. C.A.B.A., Sala I, *Carrefour Argentina S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires*, 07-XII-2004. "La Secretaría de Desarrollo Económico de la Ciudad de Buenos Aires impuso una multa a un supermercado por incumplimiento de lo establecido por el art. 5° de la ley 22.802. Apelada la resolución, la Cámara rechazó el recurso incoado." *LL Online* AR/JUR/5593/2004. Ver, asimismo, con respecto a las entidades financieras, el comentario de PEDRO J.J. COVIELLO al caso *Columbia S.A. de A. y P. para la V. c/ B.C.R.A.* (CSJN, 1996, *Fallos*, 319: 2658): "El caso Columbia:

En su origen, la teoría se explicó como una justificación de la posibilidad del monarca de restringir los derechos de ciertos de sus súbditos sin la intervención del Parlamento.[170] Cumplía así un rol similar —en otro campo— al de la policía. En ambos era admisible la reglamentación de los derechos individuales, sin ley formal que lo autorizara. Frente a la clara disposición del art. 19 de nuestra Constitución ninguna de estas dos teorías tiene cabida en el derecho argentino. Incluso en Alemania, actualmente, la teoría se admite sujeto a la reserva de ley que autorice las prerrogativas de la administración y hay quienes sostienen "la muerte de la categoría."[171]

En verdad, la necesidad de una ley que establezca la potestad indica que no existe ninguna necesidad de teorías especiales. La ley puede establecer obligaciones genéricas que la administración luego especificará. Por otra parte, actualmente existirá, por lo general, una ley que regula la cuestión incluso respecto de las categorías de personal originalmente alcanzadas por esta teoría. Tal el deber de obediencia de los funcionarios públicos hacia sus superiores jerárquicos dentro de los límites que la misma norma legal establece.[172]

La explicación que daba Otto Mayer para justificar la teoría se basaba en el hecho de que cierto tipo de personas por entrar dentro de la organización administrativa, sea obligatoriamente (reclusos, soldados conscriptos), sea voluntariamente (funcionarios públicos, estudiantes o pacientes, respectivamente, de institutos docentes u hospitalarios estatales), debían sujetarse a un determinado régimen disciplinario y a obligaciones de obediencia especiales.

Por esa razón se cuestiona actualmente en España la inclusión de los concesionarios de servicios públicos entre aquellos alcanzados por las relaciones especiales de sujeción.[173] El concesionario no integra la administración pública sino que explota por su cuenta y riesgo el servicio concesionado. Que deba atenerse a las instrucciones que le imparte la administración en lo que respecta a la prestación del servicio a su cargo, instrucciones que deben respetar el marco regulatorio respectivo, agregamos nosotros, no lo hace equivalente a un preso, a un conscripto ni a un funcionario público, a menos que la teoría se expanda y se torne así inútil para explicar las soluciones que deben necesariamente ser diferenciadas, o que se use la teoría como una genérica habilitación legislativa a favor

Nuevas Precisiones de la Corte sobre la Responsabilidad por Actos Estatales Normativos," *Rev. de Derecho Administrativo,* n° 9/10, 1992, p. 139, esp. en 144.

[170] García Macho, Ricardo, "En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción," en AA.VV., *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX – Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Madrid, Complutense, 1992, t. 2, p. 1470.

[171] Ver Parejo Alfonso, Luciano, "La categoría de las relaciones especiales de sujeción" en *Problemática… op. cit.*, p. 131, esp. pp. 136-140. En el mismo sentido, López Benítez, *op. cit.*, pp. 137-141.

[172] Según el art. 23, inc. *(e)* de la Regulación del Empleo Público Nacional aprobada por la ley 25.164, el agente público debe "obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente."

[173] López Benítez, *op. cit.*, pp. 222-235.

de la administración. Los límites de los poderes de la administración frente al concesionario son estrictos: En todo momento debe respetar la ecuación económica del contrato por lo cual, si las obligaciones que le impone al concesionario para mejorar la prestación del servicio significan costos extraordinarios, los mismos les deberán ser reconocidos a través de un aumento de sus tarifas o mediante el pago de un subsidio equivalente. Y si las nuevas obligaciones son irrazonables, el concesionario puede cuestionarlas administrativa y judicialmente.

La exageración de la cobertura de esta teoría, para incluir prácticamente a todas las relaciones jurídicas entre la administración y los particulares, ha sido criticada en España.[174] En verdad, cualquier actividad regulada puede ser incluida en ella: ¿Acaso los bancos no están sujetos a las minuciosas reglamentaciones que continuamente dicta y modifica el Banco Central?[175] ¿Vamos a decir, por ello, que quienes llevan a cabo una actividad regulada se encuentran en un estado de "libertad restringida"?

Pero entre nosotros, incluir a empresas privadas entre aquellos alcanzados por las relaciones de sumisión especial tiene una consecuencia adicional: Mientras que en Europa los derechos humanos protegen también a las personas jurídicas,[176] entre nosotros, ellas no estarían incluidas bajo esa protección.[177] Obsérvese, entonces, el curioso resultado de la doctrina: Mientras que las personas que dieron origen a la teoría (presos, conscriptos, funcionarios públicos, estudiantes, etc.) están hoy protegidos no sólo por las garantías constitucionales que amparan los derechos fundamentales de las personas sino también por los tratados de derechos humanos,[178] las empresas concesionarias de servicios públicos —a quienes sólo por una exageración de la teoría se los incluye— no gozarían de idéntica protec-

[174] Ver el prólogo de Luis Cosculluela Montaner a la obra de López Benítez, *cit.*, p. 30.

[175] Cfr. Coviello, *op. cit.*

[176] Ello resulta del art. 1° del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en 1952 que entró en vigor en 1954.

[177] Para la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) "persona es todo ser humano." En el sentido de aplicar dichos tratados sólo a las personas físicas, ver Mónica Pinto, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 13; contra Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 39-41. Sin embargo, se conocen casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se aplicó la protección para amparar los derechos de sociedades (*Radio Ñanduty v. Paraguay* [1987]; *Cantos v. Argentina* [2001].)

[178] En nuestro derecho se ha sostenido la aplicación de las garantías que surgen de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos a favor de policías y presos: Disidencia del Dr. Licht en CNFed. CA, Sala I, 18-V-99, *Pochón, Jesús A. c/ Policía Federal Argentina*, Lexis N° 60000484. Ampliar en García Pullés, Fernando, "Derecho Administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público," *JA*, 2003-IV-1258. En España López Benítez desarrolla ampliamente este tema con respecto a los reclusos, funcionarios públicos, militares, policías y usuarios de establecimientos públicos. (*Op. cit.*, pp. 399-585.) Ver también García Macho, Ricardo, "En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción" en *Actualidad y Perspectiva*s…, *op. cit.*, t. 2, p. 147.

ción.[179] Pueden ser, entonces, oprimidos por la administración sin más remedio, entre nosotros, que un juicio contra el Estado con sentencia a diez o quince años.

Leemos en MAYER que no hace falta ley que imponga la carga al particular cuando la parte interesada presta su consentimiento: "Es el caso de los actos administrativos en virtud de sumisión." Y el ejemplo que cita es el nombramiento para un empleo público.[180] Nadie actualmente se referiría al status de un empleado público como el resultante de su *sumisión*, pero no hay empacho en sujetar a los particulares —oferentes en una licitación, contratistas y empresas reguladas— a una tal *sumisión*.

Se observa entonces la peligrosidad de la teoría de las sujeciones especiales, ya que sirve para convalidar toda orden emanada de un funcionario y dirigida a un particular aunque no se sustente en ley alguna. De acuerdo con este punto de vista, quien se presenta a una licitación pública, contrata con el Estado u opera una actividad regulada se colocaría en una situación de sumisión o sujeción especial y gozaría de "libertad restringida."

En Italia se ha comparado la concepción del derecho administrativo que considera que la administración tiene poderes genéricos "innatos" (y que lleva a que toda decisión de un funcionario público deba ser obedecida a menos que, agregamos nosotros, un juez suspenda sus efectos), con el régimen jurídico otrora vigente para las fuerzas armadas, pero en Italia ya superado.[181] La misma comparación se ha hecho en Francia: "[A] fuerza de obedecer antes de discutir, el administrado se encuentra en Francia en una situación cuasi-militar."[182] Entre nosotros, la expansión del concepto de relación especial de sujeción, que incluía inicialmente a los militares, a los funcionarios públicos y a los presos, para abarcar también a las actividades particulares por el solo hecho de ser reguladas por Estado (¿y qué actividad privada no está hoy así regulada?) demuestra que rigen ideas análogas.

3.6. *La esfera doméstica*

Hemos dicho que en su esfera doméstica la administración cuenta con una potestad amplia, constitucionalmente otorgada, para actuar. Puede, pues, designar y remover empleados, llevar a cabo obras por sí o a través de contratos, prestar servicios, utilizar sus inmuebles o adquirir o alquilar inmuebles de terceros, y llevar a cabo las demás tareas que crea convenientes para administrar el país.

[179] Obsérvese que en España, a diferencia de nuestro país, el derecho de propiedad no está incluido entre los "derechos fundamentales" y, por ende, no puede ser defendido con la acción de amparo. (Constitución española de 1978, arts. 14 a 29, 33 y 53, inc. 2.)

[180] MAYER, *op. cit.*, t. I, p. 130 y su nota 5.

[181] AZZENA, *op. cit.*, t. II, p.1187.

[182] FRANÇOIS FÉRAL, cit. por MILHAT, CÉDRIC, *L'Acte administratif. Entre processus et procédures*, Montreuil, Editions du Papyrus, 2007, p. 10. Ver una comparación entre el acto administrativo y la orden de servicio castrense en GÓMEZ ESCALANTE, MARCELO D., "El acto administrativo y la orden del servicio. Sus alcances y recurribilidad por sus destinatarios integrantes de la administración pública. Diferencias conceptuales. Su vigencia en el medio castrense," *ED Administrativo*, 2004, p. 394.

Existe además una norma habilitante anual, la ley de presupuesto, que le fija los límites del gasto para cada una de las tareas que decida emprender.[183]

En dichas tareas la administración tiene, en principio, los mismos límites que los particulares: No puede afectar derechos de terceros sin una ley que lo autorice (caso de la expropiación, por ejemplo.) En ciertos casos tiene más límites que un particular, tal el requisito de la licitación para contratar o el sumario previo para separar a un empleado público. Las normas que rigen la esfera doméstica de la administración son, principalmente, normas de acción, en la clásica categorización de GUICCIARDI, por cuanto están primordialmente dirigidas a proteger los intereses públicos.[184]

Los actos que ella dicta en ejercicio de su potestad genérica de administración pueden ser actos internos en cuanto afectan solamente la organización administrativa ("actos de administración")[185] o verdaderos actos administrativos en cuanto se proyectan hacia el exterior de la administración (p. ej. la exclusión de un oferente en una licitación.) Estos últimos, si bien no inciden, necesariamente, sobre la esfera de derechos de los particulares, son también impugnables porque en ocasiones pueden afectar los intereses y aun los derechos de los particulares. (En el ejemplo, la exclusión arbitraria del oferente.)[186]

Las potestades administrativas en el campo que hemos denominado *doméstico* alcanzan solamente a aquellas medidas necesarias para cumplir con los cometidos estatales pero no llegan a permitirle imponer obligaciones a los particulares que exceden de la conducción del trámite en cuestión. Así, por ejemplo, en el caso de la licitación descripto al comienzo, la potestad de conducir el proceso licitatorio puede incluir la potestad de separar a un oferente pero no la de modificar unilateralmente las condiciones de una oferta presentada. Dicha exclusión es un acto administrativo que deviene firme si no es recurrido en plazo; la intimación a suscribir un acta acuerdo que modifica la oferta del particular así intimado es inexistente como acto administrativo por carencia de potestad en la cual fundarla.

[183] CN, art. 75, inc. 8. Así debiera ser, pero en la práctica el Congreso hoy en día ha abdicado esta potestad en favor del Jefe de Gabinete.

[184] GUICCIARDI, ENRICO, *La Giustizia Amministrativa*, Padua, CEDAM, 1954, 3ª ed, p. 33 y ss.

[185] Conf. MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 247.

[186] Se observa aquí, además, una de las conclusiones absurdas de nuestro derecho administrativo. Las decisiones administrativas que afectan derechos subjetivos son rigurosamente notificadas a los particulares en cuestión, con lo cual se busca que transcurra el plazo de caducidad para la interposición del recurso administrativo cerrando así la puerta a la eventual impugnación judicial. Por el contrario, los reglamentos, así como las decisiones que sólo afectan intereses, no se notifican, sino que solamente se publican, con lo cual no corre ningún plazo para interponer recursos. (Conf. LUQUI, ROBERTO E., *Revisión judicial de la actividad administrativa: Juicios contenciosoadministrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2005, t. 2, p. 231.) Con lo cual hemos llegado a la paradoja de establecer, en la práctica, plazos de caducidad para los derechos y no para los intereses, justamente a la inversa de lo que ocurre en Francia, donde el vencimiento del plazo de caducidad no alcanza, en principio, a la acción que reclama los daños y perjuicios provocados por el acto devenido firme: En este sentido ver CHAPUS, *op. cit.*, p. 659; GAUDEMET, YVES, *Traité de Droit Administratif*, t. 1, París, LGDJ, 2001, 16ª ed., p. 488; PACTEAU, *op. cit.*, p. 223.

No puede argüirse aquí ningún poder implícito: Las facultades necesarias para conducir una licitación pública no alcanzan para fundamentar la modificación unilateral de la oferta.[187]

3.7. *Las leyes provinciales*

Dado el carácter local del derecho administrativo, debemos tomar en cuenta también a las leyes provinciales de procedimiento administrativo. Al respecto cabe preguntarse si nuestra tesis puede sostenerse ante leyes que definen de manera amplia al acto administrativo.

En este sentido se cita la opinión de Ernesto Bustelo[188] según la cual cuando una ley provincial —en el caso la de Mendoza— establece una definición de acto administrativo que no exige la presencia de una potestad,[189] nuestra tesis sobre los *meros pronunciamientos administrativos* sería solo admisible en esa jurisdicción de *lege ferenda*.

Por las razones expuestas en el texto no estamos de acuerdo: Los argumentos que exponemos son de índole constitucional, por lo cual ninguna ley —nacional o provincial— puede alterarlos. Por otra parte, basta con extraer la conclusión necesaria de la definición misma que trae la ley de Mendoza, dado que ella exige la producción de efectos jurídicos los cuales, como hemos dicho, sólo pueden ser aquellos típicos de un acto administrativo, los que —a su vez— únicamente pueden darse cuando una ley ha otorgado previamente la potestad respectiva a la administración. La propia ley mendocina trae la solución al prever el supuesto del acto inexistente, categoría que, como hemos dicho, es aplicable al caso del acto emitido sin potestad que lo respalde.[190]

4. *Conclusiones*

Todo intento de sistematizar la proteica actividad de la administración es por naturaleza aproximativo e imperfecto. Sin embargo, creemos que la sistematización que proponemos es mucho más afín con nuestro sistema constitucional que la que se aplica actualmente en nuestro país.

[187] CSJN, *Peláez*, nota 42, *supra*.

[188] Urrutigoity, *op. cit.* Ver el trabajo de Ernesto Bustelo, "Materia Procesal Administrativa. Dilemas que origina su correcta determinación" en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. X, *El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Diké, 2004, p. 326. Sin embargo, algunos de los ejemplos que cita este autor pueden constituir el ejercicio de una potestad administrativa. Así, si la ley otorga a la administración potestad para efectuar pagos a los particulares que reúnan ciertas condiciones, debe considerarse implícita la potestad de denegarlos.

[189] El art. 28 de la ley mendocina 3909 sigue de cerca la definición de Gordillo al disponer: "Entiéndese por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa." Las leyes análogas de Neuquén y Salta contienen una norma similar. (Ver nota 68, *supra*.)

[190] Así califica la ley 3909, art., 72 inc. *(c)* a los actos que adolecen de vicio "grosero," vicio que, según su art. 52, inciso *(b)* puede existir cuando el acto transgrede normas constitucionales.

Proponemos, pues, las siguientes conclusiones:

1. En nuestro sistema constitucional, todo avance de la administración sobre los derechos de los particulares debe basarse en ley formal. Ninguna teoría, y menos aquellas tomadas de regímenes incompatibles con el nuestro, puede liberarla de ese requisito.

2. Tampoco puede el decreto-ley 19.549/72, ni ninguna ley general, dispensar a la administración, en forma genérica, de dicho requisito.

3. Sin la existencia de ley formal previa, la administración carece de potestades para afectar los derechos de los particulares.

4. Para incidir sobre la esfera de derechos de los particulares es necesaria la preexistencia de una potestad administrativa (o sea, basada en ley formal) para que así, en su ejercicio, se pueda dictar un acto administrativo.

5. De entre todas las decisiones que adopta la administración solamente los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, y deben ser recurridos para no quedar consentidos.

6. No alcanza con que el acto emanado de la administración esté sujeto al derecho administrativo, y/o que pretenda efectos hacia terceros, para que constituya un acto administrativo.

7. Los actos emanados de la administración que no constituyen el ejercicio de una potestad, aún tratándose de actos jurídicos emitidos en el marco de relaciones de derecho público que intentan producir efectos externos a la administración, podrán ser válidos y correctos pero carecerán de la imperatividad que las normas generales de procedimiento administrativo reconocen a los actos administrativos. Llámeselos meros pronunciamientos administrativos, llámeselos decisiones administrativas, no serán idóneos para producir los efectos de un acto administrativo.

8. En consecuencia, los actos descriptos en el punto anterior no modifican la esfera jurídica de los particulares, no gozan de presunción de legitimidad ni carácter ejecutorio, no necesitan ser impugnados ni quedan consentidos ante la falta de impugnación oportuna.

9. Los actos emitidos dentro de la esfera doméstica de la administración, por constituir el ejercicio de una potestad, también son actos administrativos —en la medida en que se limiten a ese ejercicio— pese a que no tienen por efecto directo modificar la esfera de los derechos individuales.

10. Los actos emanados de la administración regidos por el derecho privado carecen de los efectos típicos de los actos administrativos y no rige, respecto de las violaciones del derecho privado en que puedan incurrir, ningún plazo de

caducidad sino solamente los plazos de prescripción aplicables. Denominarlos *actos administrativos* induce a confusión.

Proponemos también la siguiente definición de "acto administrativo" que adapta la de AGUSTÍN GORDILLO: "Declaración unilateral realizada en ejercicio de una potestad administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata."

Las conclusiones antes listadas son *verdades de Perogrullo* a estar a la doctrina extranjera citada en el presente trabajo. Sin embargo, a menos que nuestra jurisprudencia reaccione y acepte plenamente estas verdades, continuará el actual círculo vicioso resultante de recursos contra decisiones de la administración que no constituyen actos administrativos (pero que el letrado aconseja impugnar, *por las dudas*) y fallos judiciales que correlativamente consideran a las decisiones así recurridas como verdaderos actos administrativos.

Una tarea adicional será la de elaborar herramientas conceptuales y mecanismos procesales idóneos para proteger cabalmente a los particulares de la indebida expansión del concepto de acto administrativo. Digamos desde ya que el abandono de la teoría de la subsanación constituiría un importante paso en ese sentido.[191] También lo sería ir elaborando una jurisprudencia que admita claramente los casos de inexistencia del acto administrativo. Mientras ello no ocurra seguiremos soportando un derecho administrativo que nos hace avergonzar frente a aquellos que, correcta o equivocadamente, han actuado como nuestros modelos.

Admitimos que no resulta fácil limitar las prerrogativas del Estado en el contexto actual. Cada crisis económica que vive el país sirve de excusa para aumentar las restricciones a los derechos individuales. Cada nueva restricción es invocada por los representantes del Estado hasta sus máximas consecuencias. Todos nos vamos acostumbrando a que el Estado goce cada vez de más protecciones jurídicas: Reiteradas consolidaciones de deudas, inembargabilidad de fondos públicos, posibilidad de no pagar sus deudas y de modificar unilateralmente las condiciones y monedas de pago, repetidas renegociaciones obligatorias de contratos en curso, congelamientos de tarifas *sine die*, plazos de caducidad aplicables frente al silencio o aun ante un acto absolutamente nulo, emergencias que duran una década, costos exorbitantes para demandar a la administración, prerrogativas para imponer la voluntad unilateral de la administración en prácticamente todos los contratos que ella celebra y en todos los aspectos de dichos contratos. Pareciera que el Estado argentino no puede sobrevivir sin estas protecciones, verdaderos "andadores jurídicos," que los demás países del mismo nivel cultural no necesitan ni utilizan.

Una de esas protecciones jurídicas es, justamente, la pretensión de dotar a cualquier decisión de un funcionario o empleado público de presunción de legitimi-

[191] El reciente fallo de la Sala I de la C.N.A. Cont. Adm. Fed. *in re IBM Argentina S.A. c/ DGA* (31-VIII-2010) constituye un claro repudio de la teoría de la subsanación.

dad y fuerza ejecutoria, y otorgarle fuerza de verdad legal si no se la impugna en brevísimos plazos, cualquiera sea el defecto de que adolezca. Como lo demuestra la práctica cotidiana del derecho administrativo, la expansión indiscriminada de las protecciones mencionadas, más allá de sus justos límites, potencia las posibilidades de ilegalidades administrativas y correlativamente afecta la garantía constitucional de la defensa en juicio.[192]

Estamos peligrosamente cerca del "Estado policía" propio de las monarquías absolutas del Siglo XVIII que MICHEL FOUCAULT definía como "un sistema en el cual no hay diferencia de naturaleza, de origen, de validez y, por consiguiente, tampoco diferencia de efecto entre, por un lado, las prescripciones generales y permanentes del poder público —en líneas generales, si se quiere, lo que llamaríamos la ley— y, por otro, las decisiones coyunturales, transitorias, locales, individuales de ese mismo poder público: El nivel de lo reglamentario, para decirlo de algún modo. El Estado de policía es el que establece un continuo administrativo que, de la ley general a la medida particular, hace del poder público y de las órdenes emitidas por éste un solo y el mismo tipo de principio y le otorga un solo y el mismo tipo de valor coercitivo."[193]

Se ha cumplido así el vaticinio de ALBERDI: Hemos dejado que el derecho administrativo se convierta en "un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales."[194] Quienes nos dedicamos al derecho administrativo tenemos nuestra cuota de responsabilidad por este nefasto resultado.

[192] Sobre el deterioro del control judicial sobre la administración pública ver el trabajo de BIANCHI, ALBERTO B., "Declinación y Caída del Control Judicial de la Administración Pública," *LL*, *Suplemento Extraordinario de Derecho Administrativo*, Agosto 2010, p. 9.

[193] FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 202-203. Ver la descripción de ese régimen en MAYER, *op. cit.*, t. I, pp. 49-50.

[194] ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 106.

Capítulo XXIX

LA CONFORMACIÓN PARTICIPADA DE LOS PLIEGOS Y SU IMPACTO EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL

Por María Patricia Miravé

Sumario

I. *Introducción* 559

II. *La licitación como principio de las contrataciones del Estado* 562
A. Marco normativo y reglamentario 562
i. Ámbito de aplicación 564
ii. La eficiencia como principio general 565
B. Análisis de *Law & economics* 566

III. *Los pliegos* 570
A. Marco teórico y normativo 570
i. Pliego General 570
ii. Pliegos Particulares 571
iii. Principios que deben respetar los Pliegos 573
1. Generalidad 573
2. Impersonalidad 573
3. Igualdad 574
4. Inalterabilidad 574
iv. La intervención de la ONC y Jefatura de Gabinete de Ministros en la elaboración de pliegos particulares como novedad 574
a) Facultades otorgadas a la ONC 575
b) Facultades otorgadas a la Jefatura de Gabinete de Ministros 575
B. Análisis de *Law&economics* 576
i. Pliego General 576
ii. Pliegos particulares 577
C. La conformacion de los pliegos particulares 579

i. Consideraciones Preliminares 579
ii. Normativa Argentina 580
iii. Problemas detectados en la conformación de los pliegos particulares 584
iv. Herramientas consultivas para una conformación participada de los pliegos particulares. Propuesta 586

IV. *Conclusión* 588

Capítulo XXIX

LA CONFORMACIÓN PARTICIPADA DE LOS PLIEGOS Y SU IMPACTO EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL[1]

Por María Patricia Miravé

I. Introducción

Las normas nacionales e internacionales han establecido el procedimiento licitatorio como principio en las contrataciones públicas.

Dada la gran incidencia que las compras públicas tienen en el gasto del Estado, resulta crucial que se promueva la transparencia en ese tipo de procedimientos.

Los procedimientos de selección requieren para su gestión un conjunto de reglas y parámetros, que mejoren las prácticas en esta materia con el propósito de cumplir cabalmente con los fines del Estado y a la vez permitan alcanzar la adecuada administración de los recursos públicos.

Es necesario entonces, destacar la importancia de la contratación pública como instrumento que utiliza el Estado para la realización de los fines que le son inherentes, por lo que resulta imprescindible que el Estado compre un bien o contrate un servicio necesario para satisfacer una necesidad con la menor cantidad de recursos posibles y de manera eficiente. Si además, las contrataciones públicas se desarrollan en un contexto de publicidad y acceso a la información, se posibilita su control social.

[1] Este escrito ha sido un trabajo de investigación elaborado por la autora para su tesis de graduación en la Maestría de Derecho y Economía de la Universidad Torcuato DiTella, ha sido publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley el 23 de septiembre de 2011 y ha sido premiado con una mención especial por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En virtud de los cambios normativos producidos en la materia con posterioridad a su primera publicación y a los efectos de ser incorporado en este *Tratado*, se ha actualizado, con la salvedad de que en algunos aspectos aún no es posible analizar las implicancias prácticas de la nueva normativa.

Una de las partes fundantes y determinantes del proceso de contrataciones del Estado, consiste en la conformación de los *pliegos particulares* que rigen las pautas básicas de cada contratación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, algunas de las preguntas que se intentarán responder en este trabajo son las siguientes: ¿Por qué se establece la Licitación Pública como marco general para las contrataciones del Estado? En miras a lograr la mayor eficiencia en los procedimientos licitatorios, ¿Cómo impactan los pliegos de bases y condiciones para la obtención de dicho fin? Teniendo en cuenta la teoría de WILLIAMSON, respecto a los contratos incompletos, en el marco del procedimiento previsto para las contrataciones del Estado Nacional, ¿Es factible la incorporación de mecanismos que permitan que los efectos de los contratos incompletos puedan ser mitigados en vista a la obtención de mejores resultados y a la reducción de costos de los controles *ex post*?

Se analizará desde un punto de vista teórico y desde un enfoque de *Law & Economics*[2] las respuestas a dichas preguntas.

No obstante, cabe en forma preliminar a dicho análisis, hacer una mención especial a las conclusiones a las que ha arribado OLIVER WILLIAMSON,[3] Premio Nóbel de Economía, respecto a los contratos de concesión.

El funcionamiento del mecanismo de licitaciones, en la práctica, ha presentado variadas dificultades. Conceptualmente, se espera que la licitación permita que se le adjudique al proveedor más eficiente la concesión, presentando las mejores condiciones para el país. Contra ello atenta la "naturaleza incompleta de los contratos." Al respecto WILLIAMSON sostiene que es imposible que un contrato de concesión prevea todas las eventualidades que puedan afectarlo o que diseñe los mecanismos para hacer frente a todas las controversias que se puedan suscitar, de lo cual se derivan otros problemas identificados, que generan ineficiencias y costos de transacción *ex post*.[4]

Dicho autor destaca también que cuanto más complejo es el ambiente, más costoso es redactar un contrato completo. En algunos casos se puede tener el incentivo de reducir el grado de completitud o integración del contrato y ahorrar los costos de transacción *ex ante*. Pero al ahorrar costos *ex ante*, se puede producir una exposición al peligro de una conducta oportunista por parte de la proveedor.

[2] El análisis económico del Derecho (en inglés: *law & economics*) como corriente dentro de la teoría del Derecho que aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico. El análisis económico incluye el uso de conceptos económicos para explicar el efecto de las leyes, con el objeto de determinar qué reglas legales son económicamente eficientes.

[3] WILLIAMSON, OLIVER E., *Las instituciones económicas del capitalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, 1ª ed.

[4] Al respecto, WILLIAMSON identifica tres problemas principales: i) El criterio para otorgar inicialmente la concesión tiende a ser artificial y oscuro; ii) surgen problemas de ejecución en la relación de precios y costos, así como en otros aspectos, entre ellos los políticos, y iii) es improbable que haya equiparidad de licitación entre los tenedores de las franquicias y sus rivales potenciales en el momento de la renovación del contrato.

El oportunismo del proveedor aumenta el costo de transacción *ex post*. Lo que obliga al Estado a balancear entre los dos costos.

Siguiendo el análisis de OLIVER WILLIAMSON, se debe asumir que las contrataciones que logre concretar la administración pública, son por definición incompletas. Pero en el análisis de la regulación argentina de contrataciones con el Estado Nacional, y en la práctica, se puede observar que podría mejorarse aún más el proceso *ex ante* de la contratación, a través del proceso de conformación de pliegos, de forma tal de mitigar la falta de completitud de los contratos y los problemas que ello genera.

Entiendo que a través de mecanismos que permitan dotar al Estado y a las oficinas de contrataciones de mayor y mejor información para la conformación de pliegos, se podrían lograr contrataciones más completas y eficientes para el Estado. Téngase en cuenta que tal como se encuentra estructurado actualmente el procedimiento de conformación de los pliegos, son las oficinas de contrataciones de los organismos de la administración pública, que en forma totalmente descentralizada y sin un conocimiento técnico de cada materia, deben conformar los pliegos particulares para toda la variedad de bienes y servicios a contratar, de forma tal de satisfacer las necesidades del organismo al que pertenecen en particular y al Estado en general. Sin duda estas oficinas, agentes del Estado como parte contratante, padecen de una marcada *asimetría de información*[5] con relación a los proveedores de bienes y servicios.

El procedimiento de elaboración de los pliegos, donde se establecen las condiciones de las contrataciones del Estado, se encuentra desprovisto de herramientas que permitan a los organismos contratantes hacerse de la información necesaria y suficiente para ello, lo que lleva a contrataciones más que incompletas, deficientes.

Es decir, teniendo en cuenta los problemas identificados por OLIVER WILLIAMSON, que se refieren a un control *ex post*, propongo analizar un paso previo que es la posibilidad que el Estado, cuente con un procedimiento que le permita lograr contratos lo más completos posible (a través de una correcta confección de

[5] Se dice que existe información asimétrica en un mercado cuando una de las partes que intervienen en una compraventa no cuenta con la misma información que la otra sobre el producto, servicio o activo objeto de la compraventa. Esta teoría supone una ruputura de la teoría de los precios en un sistema de competencia perfecta. Esta información asimétrica conduce a un fallo de mercado, que proporciona un resultado económico ineficiente. La información asimétrica existe porque el vendedor de un producto conoce más y mejor el producto que quiere vender que el comprador. En el mundo financiero se plantean también múltiples casos de información asimétrica porque un prestatario sabe más sobre su solvencia que el prestamista y los clientes de las entidades aseguradoras conocen mejor su riesgo particular que la entidad aseguradora. En los contratos financieros de préstamos, la asimetría nace de que el acreedor o prestamista no posee información suficiente sobre el uso que el deudor dará a los fondos objeto del crédito. Como los prestamistas saben claramente su desventaja aumentarán el tipo de interés y denegarán el otorgamiento del préstamo.En 2001 los economistas, Joseph Stiglitz, George Akerlof y Michael Spence, recibieron el Premio Nobel de Economía por sus análisis de los mercados con información asimétrica. Otros destacados economistas como Kenneth Arrow, William Vickrey y James Mirrlees también han hecho importantes aportaciones al tema de la información asimétrica.

los pliegos licitatorios), en el entendimiento que ello resulta menos costoso que fortalecer el control *ex post* a través de la justicia.

Se ha analizado en profundidad el proceso de *conformación participada de pliegos* tal cual se ha previsto en la normativa argentina y las posibles soluciones a los problemas identificados.

[Cabe destacar que durante el año 2012 se han introducido importantes cambios en la normativa argentina relativa a contrataciones con el Estado Nacional, que en algunos aspectos aún se encuentra pendiente de reglamentación, como p ej. la elaboración del pliego general de aplicación obligatoria por parte de la Oficina Nacional de Contrataciones, lo que circunscribe el análisis a la normativa histórica y vigente recientemente.]

II. La licitación como principio de las contrataciones del Estado

A. *Marco normativo y reglamentario*

La norma básica que regula las contrataciones del Estado Nacional Argentino es el Decreto Delegado Nº 1023/2001 (Régimen de Contrataciones del Estado Nacional), que prevé en su artículo 24 a la licitación publica o concurso publico, según corresponda, como regla general para las contratación de bienes y servicios por parte del Estado Nacional. (Salvo ciertas excepciones.)

Durante la última década fue de aplicación el Decreto Nº 436/2000 (Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional.) que seguía el principio de la licitación pública como procedimiento principal y, cuyos términos y condiciones estaban previstos en un Pliego Único de Bases y Condiciones Generales (Res. 834/2000- PUByCG), aplicable a todas las contrataciones. Luego se contrataba de conformidad al Pliego Particular elaborado por el organismo contratante en función al bien o servicio a contratar.

Recientemente, el 7 de junio de 2012, se dictó el Decreto 893/2012 que derogo dichas normas y puso en vigencia la nueva reglamentación del Decreto Delegado Nº 1023/2001, denominado ¨Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional",(el nuevo Reglamento) que propone en su artículo 15[6] seguir el mismo principio manteniendo al procedimiento de licitación y/o concurso público como regla general para la contrataciones con el Estado Nacional. Sin embargo, introduce como novedad cierto margen de discrecionalidad a la aplicación de dicha regla general estableciendo como prioritario el uso del procedimiento que

[6] Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Cap. VI – ELECCION DEL PROCEDIMIENTO, Art. 15 "REGLA GENERA. En virtud de la regla general consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones, los procedimientos de licitación pública o concurso público, se podrán aplicar válidamente cualquiera fuere el monto presunto del contrato y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes…"

más favorezca al "logro del objeto establecido en el artículo 1 del Dto. 1023/01[7]" y "que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos".

Es importante mencionar que a la fecha aún no se ha elaborado ni publicado el nuevo pliego general que será de aplicación obligatoria en reemplazo del derogado Pliego Único de Bases y Condiciones Generales (Res. 834/2000).

La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) dependientes de la Subsecretaria de Tecnologías de Gestión de la Secretaria de Gabinete y Coordinación Administrativa de la Jefatura de Gabinete, es el organismo rector del Sistema Nacional de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, y como tal es responsable de proponer las políticas y establecer las normas y sistemas tendientes a lograr que el Sector Público Nacional realice sus contrataciones con eficacia, eficiencia y transparencia.

Para cumplir con este objetivo, la ONC desarrolla sus actividades a través de 4 líneas de acción estratégicas:

1º) *Adecuación del marco legal*: Incluye todas las tareas de gestión jurídica y de elaboración de nuevas normativas, que buscan dotar a las contrataciones públicas de mayor eficacia, eficiencia y transparencia.

2º) *Implementación de sistemas y herramientas de gestión de compras*: La modernización de las compras públicas implica el diseño e implementación de nuevas formas de gestionarlas, realizando modificaciones en los procedimientos administrativos, en los comportamientos y en las rutinas de los agentes.

3º) *Vinculación del ciudadano con la administración*: La introducción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tienen un ámbito privilegiado de ejecución en las compras públicas, tanto en la gestión de la organización como en la comunicación y difusión de sus actividades.

4º) *Cooperación nacional e internacional*: El intercambio y conocimiento de experiencias internacionales y la colaboración entre organizaciones con fines similares, es un componente fundamental para la mejora de la gestión de las compras públicas.

La ONC regula, a través de circulares y disposiciones varias, los diversos aspectos procedimentales y de interpretación relativos a las contrataciones públicas, todas ellas disponibles en la página oficial www.argentinacompra.gov.ar

[7] Dto. 1023701 Art.1° "OBJETO. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado."

Asimismo, mediante el Decreto 893/2012 artículo cuarto, se ha delegado expresamente en la ONC las facultades de interpretación y aclaración del nuevo Reglamento.

Con relación a los aspectos tecnológicos que se han desarrollado en el marco de las contrataciones con el Estado Nacional, cabe tener presente que por el Decreto Nº 436/2000, se creó el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), disponiendo que sería administrado por la ONC.

Dicho sistema ha significado un gran avance en el proceso para obtener la información de los proveedores del Estado Nacional en forma centralizada.

A través de la ONC, se han logrado una constante modernización del sistema de contrataciones con el Estado Nacional, tanto en lo relativo al SIPRO, como en lo referente a la introducción de nuevas herramientas informáticas que han permitido entre otras cosas realizar contrataciones a través de Internet, lograr la armonización a nivel internacional de criterios y lineamientos básicos para este tipo de procedimientos.[8]

Recientemente y continuando con las mejoras en dicho sistema se han dispuesto cambios en el sistema y nuevas formas para la actualización y administración de datos de los proveedores del Estado (véase la Disposición N 6/2012 de la Subsecretaria de Tecnología de Gestión)

Además, el nuevo Reglamento dedica todo el Capítulo I del Título VII a la reglamentación del SIPRO, disponiendo nuevas pautas para su utilización.

Existen asimismo otras normas vinculadas con el tema, entre las que se pueden destacar: Ley N° 13.064 (Obra Publica); Ley N° 24.156 (Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional); Ley N° 25.188 (Ética en la Función Pública); Ley N° 25.551 (Compre Trabajo Argentino); Decreto Nº 1545/1994 (Creación de la Oficina Nacional de Contrataciones); Resolución SIGEN Nº 79/2005 (Sistema de Precios Testigo); Convención Interamericana Contra la Corrupción (aprobada por Ley Nº 24.759), en su artículo 5 inc. 3 (aplicabilidad de medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren publicidad, equidad y eficiencia); Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (aprobada por Ley Nº 26.097), en su artículo 9. (Establece los valores mínimos que cada Estado parte, deberá considerar a la hora de establecer los sistemas de contratación publica basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos para la adopción eficaz de decisiones.)

i. *Ámbito de aplicación*

El régimen de contrataciones públicas es de aplicación obligatoria en los procedimientos de contratación, en los que sean parte las jurisdicciones y entidades

[8] Véase Informe de gestión 2010 de la Subsecretaría de Tecnología de Gestión respecto a la Oficina Nacional de Contrataciones en www.sgp.gov.ar

comprendidas en el inciso a) del articulo 8º de la Ley Nº 24.156 de Administración Financiera y sus modificaciones.

En ese sentido, el Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional se aplica a la administración central, organismos descentralizados, universidades nacionales y a las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

Su ámbito de aplicación no alcanza, en cambio, a provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios, ni a otros organismos que cuentan con un régimen específico, como el PAMI y la AFIP, los cuales suelen tener su propio sistema de contrataciones.

También se encuentran excluidas empresas y sociedades del Estado, fondos fiduciarios con participación estatal, entidades financieras del sector público nacional, tales como Banco Nación, Banco Hipotecario y Banco Central y las compras financiadas con recursos de entidades multilaterales de crédito como el BID y el Banco Mundial.

No obstante, si bien se procederá a analizar la normativa de contrataciones del Estado Nacional, es importante destacar que dicho análisis y las conclusiones preliminares a las que se arribe en el presente trabajo, pueden tener una aplicación analógica a los procedimientos de contrataciones previstos en el ámbito provincial y municipal, donde la normativa es otra, pero receptan al procedimiento licitatorio como regla general.

Además, cabe tener presente que el artículo 4° del nuevo Reglamento prevé la posibilidad de ser aplicado a los contratos excluidos o a las entidades y jurisdicciones no comprendidas por "adhesión voluntaria."

ii. *La eficiencia como principio general*

Los artículos 1 y 3 apartado a) del Decreto 1023/2001, prevén como objeto de las contrataciones y como uno de los principios generales a los que éstas deben ajustarse, el de la "*eficiencia*," para cumplir con el interés público y el resultado esperado.

De esta forma, a través de dicha norma se ha introducido un nuevo paradigma que transforma la lógica del control sobre la acción administrativa, que ha permitido desplazar la de la ley como único parámetro mediante un nuevo enfoque, el que también considera la efectividad de la voluntad administrativa en términos de resultado.

En la misma línea, el reciente Decreto 893/2012 manifiesta entre sus fundamentos *¨Que es prioridad introducir en dicha reglamentación, tratamientos diferenciales para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar las nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras*

y precisas, ***a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia****, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales."*[9]

La doctrina por su parte, ha expuesto que "*La visión tradicional de las finalidades y principios a los que deben responder las contrataciones públicas debe ser superada, conforme las aludidas previsiones normativas, siguiendo las más modernas tendencias según las cuales se formula, se planifica y se resuelve llevar adelante tales contratos, así como los resultados alcanzados en ellos, incorporándose al concepto de juridicidad nociones como la eficiencia o la transparencia de la actuación de la Administración Publica.*"[10]

Este poderoso concepto induce a avanzar en el análisis jurídico y normativo.

En consonancia con ello, el *enfoque normativo* del análisis económico del derecho va más allá, y establece recomendaciones de carácter político basadas en las consecuencias económicas que derivan de la aplicación de un determinado curso de acción. El concepto central en esta materia es el de *eficiencia* y en particular, el de eficiencia en la distribución.

Un concepto común de eficiencia utilizado por el análisis económico del derecho es el de la "eficiencia de Pareto." Una norma jurídica es eficiente según el óptimo de Pareto si no puede ser modificada para mejorar la situación de una persona, sin perjudicar a otra.

Así, tal como lo expresa el Dr. Agustín Gordillo "*La eficiencia ha quedado transformada, de un simple requerimiento algo ingenuo de la ciencia de la administración, en principio jurídico de nivel supranacional, cuya aplicación y cumplimiento es jurisprudencialmente inexcusable para todos los funcionarios y agentes del Estado argentino. Es un principio jurídico indeterminado, que se transforma en facultad reglada cuando se configuran los hechos determinantes.*"[11]

B. *Análisis de* Law & economics

¿Por qué se establece a la licitación como regla general para las contrataciones públicas?

En los trabajos de Ronald Coase[12] y Guido Calabresi,[13] seguidos por Richard Posner[14] y otros estudiosos del *law & economics*, se ha incorporado el concepto de "costos de transacción," en el análisis de los abogados sobre las variadas instituciones jurídicas. Este potente concepto nos enseña que en el diseño de las

[9] La negrita y la bastardilla me pertenecen.

[10] Rejtman Farah, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 1ª ed., cap. II "La licitación pública," p. II-49.

[11] Gordillo Agustin, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. XII "La Licitación Pública," p. XII-47.

[12] Coase, Ronald, "The Problem of the Social Cost," en castellano en *Revista Estudios Públicos*, Nº 45, 1992.

[13] Calabresi, Guido, y otros, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," en castellano en *Revista Estudios Públicos*, Nº 63, 1996.

[14] Posner, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1998, 1ª ed.

instituciones no sólo se deben considerar los resultados directos de la acción deseada, sino también las consideraciones de eficiencia relativas al costo de lograr dichos resultados.

El ejercicio de una compra, aunque sea en un mercado competitivo, no está exento de costos de transacción.[15] Algunos de estos costos son: Determinar exactamente la cosa (producto o servicio) requerida dentro de las cientos disponibles, gastar tiempo buscando al proveedor, elegir al proveedor más barato, negociar con el proveedor las condiciones del contrato, y finalmente otorgar los instrumentos legales requeridos.

La situación anterior se complica aún más cuando se trata de una "compra o contratación pública," es decir, una compra donde una de las partes es el Estado. Esto se debe a que el Estado tiene que justificar y fundamentar la aplicación de los recursos públicos, que implican costos adicionales a los de una compra privada.

Justificar la decisión de compra es fundamental: Es decir, no basta con decidir cuál es el mejor producto a comprar desde un punto de vista técnico-económico, sino que es necesario además, tener la capacidad de explicar dicha decisión a los competidores no adjudicados, en justificar ante todos los interesados que se gasta adecuadamente el presupuesto del Estado y a responder las consultas de los ciudadanos en general.

Esta exigencia se basa en que la decisión de una compra pública se hace por todos y para todos, y es posible que en ella se produzcan conflictos de interés entre la persona u órgano que ejerce la decisión de compra, y el interés de los ciudadanos.

Resumiendo, la compra pública tiene involucrado dos tipos de costos de transacción principales previos a fijar los elementos esenciales del contrato:[16] (a) Uno relativo al costo de obtener la información para tomar la decisión adecuada, y (b) uno relativo al costo del proceso que se debe seguir para poder demostrar a posteriori que ha sido una decisión debidamente fundada.[17]

[15] Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, 1998, 1ª ed., p. 267.

[16] Existen costos de fiscalización ex post que no son tratados en este trabajo y se asumen como una variable proporcional al monto de las compras. Los costos de fiscalización ex post son función inversa de los costos del proceso, es decir, a medida en que menos cuesta el proceso, más cuesta la fiscalización ex post y viceversa. Esto se debe a que un proceso llevado adecuadamente dejará todos los registros que permiten la fiscalización.

Para Schooner el ejercicio de acciones judiciales relativas las compras públicas, también es una forma de control eficaz. Ver Schooner, N. 12, p. 631. En Argentina, no existen alternativas judiciales efectivas para ejercer dicho control ex post. Incluso tampoco existe como en otros países un tribunal de compras.

[17] Schooner, Steven, "The Open Market" en *Understanding the World Trade Organization*, 2003, citado en Kinsey, Megan, "Transparency in Government Procurement: An International Concensus?," *Public Contract Law Journal*, Vol. 34, Nº 1, 2004-2005, p. 158. Ambos son costos en que debe incurrirse antes de realizar una compra pública.

¿Qué pasa si el Estado decide no incurrir en los costos de obtener la información?

Se pueden generar trágicas consecuencias. Entre ellas, puede quedar con una mala posición negociadora y corre el riesgo de pagar un alto precio o de comprar algo innecesario.

¿Qué pasa si el Estado decide no incurrir en los costos del proceso?

Corre el riesgo de no prever los suficientes controles y ser acusado, con o sin fundamento, de amiguismo, favoritismo, mal uso del erario, y otras formas de falta de transparencia, etc.

¿Qué pasa si decide no incurrir en ninguno de los dos? El doble de males.

Para resolver los aspectos involucrados en una contratación pública y que se pueda optimizar la afectación del presupuesto destinado, lo ideal sería utilizar un sistema que: 1) Minimice los costos de obtener la información y 2) minimice los costos de un proceso "transparente" que sea capaz de responder a las exigencias del proceso democrático.[18]

Son estos dos aspectos los que motivan, desde el punto de vista interno, el sistema de licitación pública.

Al respecto, cabe destacar que los pliegos y el proceso de su conformación son esenciales, tanto para prever las pautas para que el organismo contratante pueda conocer la información necesaria, así como también para fijar el procedimiento que regirá cada licitación y en el contrato. Es decir prevé las pautas básicas de cada contratación, impactando así en los dos costos mencionados.

1º) *Respecto a la información*. El sistema de licitación pública tiene una gran ventaja: Traspasa al oferente la mayoría de los costos a los que hemos hecho referencia. Así, por ejemplo, es el oferente el que deberá entregar información de su producto, el que se presentará a la autoridad ahorrándole el costo de la búsqueda, el que competirá ofreciendo su propuesta de precio,[19] y el que asumirá de antemano las condiciones establecidas en la licitación, de este modo el efecto inmediato es la reducción de los costos de la información.

Otro de los beneficios que otorga al Estado la licitación pública es generar consistencia en los precios que recibe. En efecto, si las licitaciones se mantienen abiertas y competitivas sin barreras de entrada, no habrá incentivos para que las

[18] Esta minimización requiere que se establezca previamente un nivel mínimo de transparencia aceptable, pues esta es costosa. Mayor niveles de transparencia serán más costosos. Ver Informe BID, N. 1, p. 9, que señala: "La incorporación de la modalidad de contrato marco ha simplificado las operaciones con los consiguientes ahorros transaccionales y no ha sido obstáculo para la incorporación masiva de pequeñas empresas en diversos rubros de compras y contrataciones."

[19] Existe extensa literatura económica respecto de los mecanismos para logar que los oferentes ofrezcan o desclasifiquen su precio. Basado en las estrategias, para casos de compradores informados, la licitación a sobre cerrado, o su equivalente electrónico, son el mecanismo que dejaría mayor excedente del consumidor, dado que involucra a un universo mayor de oferentes, especialmente aquellos pequeños o con mayor aversión al riesgo. TAN, GOUFU, "Optimal Procurement Mechanisms for an Informed Buyer," *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 29, Nº 3, 1996, p. 714.

empresas "inviertan" en clientelizar al Estado bajando inicialmente los precios para posteriormente subirlos, lo que sí podría suceder en casos de competencia reducida. Por su parte, el Estado tendrá que incurrir en los costos necesarios para diseñar las bases, es decir los pliegos, en los costos de cumplir con el ordenamiento legal, y de informar el concurso y de asignar el contrato, siendo el primero de ellos fundamental.

Por supuesto que existen casos en que los costos de diseño de los pliegos, de información sobre el concurso y de asignación del contrato, son más altos que el beneficio que se obtiene de realizar una licitación. Es por ello que existen en todo el mundo montos de compra bajo los cuales no es necesario realizar una licitación pública. Así lo discrimina también la normativa nacional.[20]

La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del sistema nacional de contrataciones, ha confirmado oportunamente en su Disposición N° 6/2010 (derogada por Dto. 893/2012).

"*Que todos los procedimientos de selección cumplen en mayor o menor medida con requisitos de publicidad y transparencia, no obstante es a todas luces evidente que las licitaciones públicas o concursos públicos son los procedimientos que otorgan mayores garantías en cuanto al cumplimiento de los principios que deben regir en todo procedimiento administrativo*," y que por lo tanto *"constituyen la regla general en materia de Contrataciones Públicas*."

En los casos de contratación de servicios de mayor complejidad es conveniente mejorar la calidad de los pliegos, incorporando sistemas de conformación participada de todos ellos, de modo tal que permita al organismo licitante tener una mayor información es vistas a obtener una contratación más eficiente.

2º) *Respecto a la transparencia.* La licitación pública, hecha correctamente, tiene ventajas indudables, se publican las bases de licitación para que todos los interesados puedan ver las condiciones de la contratación y los criterios de asignación. Además se publican los ganadores y los precios propuestos.

Se permite entonces justificar la decisión de la elección ante cualquier interesado que pretenda cuestionarla, deslindando con relativa facilidad los potenciales conflictos de interés, o denunciándolos, por ejemplo, cuando a igual precio se prefiere la compra a una empresa relacionada con quién adjudica el contrato.

[20] Dto. Nº 893/2012, Art. 34: "MONTO ESTIMADO DE LOS CONTRATOS: Cuando el monto estimado del contrato sea el parámetro que se utilice para elegir al procedimiento de selección, se deberá considerar el importe total en que se estimen las adjudicaciones incluidas las opciones de prórroga previstas y se aplicará la siguiente escala: a) Contratación directa:1.- Por trámite simplificado hasta SETENTA Y CINCO MÓDULOS (M75), 2.- Del apartado 1 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N 1023/01 y sus modificaciones hasta DOSCIENTOS MÓDULOS (M200), b) Licitación privada o concurso privado hasta OCHOCIENTOS MÓDULOS (M800), c) Licitación pública o concurso público más de OCHOCIENTOS MÓDULOS (M800)...". ART 35: VALOR DEL MODULO. A los efectos de lo dispuesto en el presente reglamento, el valor del módulo (M) será de PESOS UN MIL ($1000).

Una licitación abierta y competitiva, se presenta como mejor alternativa que mejorar el control y es un modo de evitar las compras ineficientes (ya sea por caras o por innecesarias) o para evitar el amiguismo.

Por los motivos expuestos se ha aceptado internacionalmente que la licitación es preferible para las contrataciones del Estado.

III. Los pliegos

A. *Marco teórico y normativo*

Es compartido en la doctrina el concepto de "pliego" como "*el conjunto de cláusulas y documentos, elaborados unilateralmente por el licitante, que especifican el objeto a contratar, las pautas que regirán el procedimiento de selección, los derechos y obligaciones de las partes y el mecanismo a seguir en la preparación y ejecución del contrato.*"[21]

Los pliegos determinan el conjunto de pautas que rigen tanto el proceso de la contratación como la contratación en sí misma. Así determinan el objeto de la contratación, las condiciones que deben reunir los oferentes, las pautas para determinar la oferta más conveniente, cuáles son las distintas etapas del procedimiento, etc.

También es importante destacar que los efectos de los pliegos trascienden al proceso de selección, ya que regulan y determinan el contenido del contrato a suscribir entre el sujeto licitante y el adjudicatario.

Desde un punto de vista amplio, tiene un efecto preparatorio de la voluntad administrativa que debe estar claramente contemplada por el procedimiento de selección propiamente dicho.

Existen variadas y diferentes interpretaciones respecto a la naturaleza jurídica de los pliegos, diferenciándose los pliegos generales de los pliegos particulares.

El pliego general tiene una naturaleza reglamentaria y contiene las cláusulas que rigen todas las contrataciones del ámbito de reglamentación, ya sea nacional, provincial o municipal. Los pliegos particulares regulan cada contratación. Cabe resaltar que el primero tiene mayor jerarquía que los segundos.

i. *Pliego General*

Estos pliegos tienen por objeto regular todos los procedimientos de selección fijando las pautas básicas para los procedimientos licitatorios y de contratación, tales como la garantía de oferta, inhabilidades, requisitos formales básicos de los oferentes, etc.

[21] Daniel Gomez Sanchís, "Pliego de condiciones," cap. VI, en Farrando Ismael (h.), *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, quien cita a Sayagués Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo, Acali, 1978.

El Decreto 436/2000 dispuso quienes eran las autoridades encargadas de elaborar el Pliego General aplicable a la Administración Pública Nacional. Fue la Oficina Nacional de Contrataciones con la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación y sujeto a la aprobación final del Ministerio de Economía.[22]

El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las contrataciones de Bienes y Servicios del Estado Nacional (PUByCG), fue aprobado por la Resolución 834/2000 del Ministerio de Economía, y establecía los principales lineamientos y requisitos como ser entre otros: Las garantías, los requisitos formales que deben cumplir las ofertas, las características y efectos jurídicos de las ofertas, los criterios básicos de evaluación de las ofertas, el régimen de impugnaciones y recursos posibles, las penalidades y sanciones por incumplimiento contractual, etc.

En ese mismo pliego general también se establecían en su artículo 35, los "Requisitos mínimos que deben contener los Pliegos Particulares," es decir, el pliego general a su vez estipula el contenido mínimo que deben contemplar los Pliegos Particulares y que deben ser considerados por las autoridades responsables de la elaboración de los mismos.

Como se ha mencionado, ambas normas han sido recientemente derogadas por el Decreto N 893/2012, pero el nuevo Reglamento sigue el mismo principio estableciendo en su artículo 43 que *"El pliego único de bases y condiciones generales será aprobado por la Oficina Nacional de Contrataciones, y será de utilización obligatoria por parte de las jurisdicciones y entidades contratantes."*[23] La diferencia con relación a la normativa derogada es que se delegó dicha atribución en forma plena a la ONC, no se ha exigido la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nacional ni la aprobación final del Ministerio de Economía. A la fecha, se encuentra pendiente de elaboración por parte de la ONC el nuevo pliego general que reemplazará al anterior.

ii. *Pliegos Particulares*

Los pliegos particulares son, en cambio, aquellos que en forma complementaria al pliego general fijan las disposiciones específicas para cada contrato y que se elaboran para cada licitación. Así los pliegos particulares regulan aspectos no contenidos en los pliegos generales y que son fundamentales para la materialización de cada contratación en concreto.

Y aquí la doctrina ha compartido ampliamente que *"Al igual que el caso de los pliegos generales, los pliegos particulares deben ser confeccionados por personal idóneo, y de su correcta elaboración depende en gran medida el éxito o el fracaso*

[22] Dto. 436/2000 (derogado), Art. 44: "El Ministro de Economía aprobará el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el cual será elaborado por la Oficina Nacional de Contrataciones dependiente de la Subsecretaria de Presupuesto de la Secretaria de Hacienda del Ministerio de Economía, con la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación de la Presidencia de la Nación".

[23] La bastardilla me pertenece.

del procedimiento de selección, ya que su inadecuada redacción puede derivar en la falta de postulantes y el fracaso del procedimiento."[24]

En cuanto al contenido, entonces si bien complementan al pliego general, resultan tanto o más importante que este último, toda vez que sirve de base para la contratación del bien o servicio que deberá satisfacer la necesidad puntual del Estado.

De esta forma el Pliego General y el Pliego Particular conforman en conjunto los términos y condiciones de la contratación.

En cuanto al contenido de los Pliegos Particulares, el Decreto 436/2000 en su artículo 45,[25] establecía qué deben contener como mínimo los requisitos que a tal fin estipule el Pliego General. Consecuentemente, el mencionado artículo 35 del PUByCG establecía dichos requisitos mínimos que incluyen entre otros los siguientes aspectos de particular importancia: El objeto de la contratación, plazos y horarios de los actos, especificaciones técnicas del bien o servicio, moneda y forma de cotización, muestras, prórrogas, etc.

El Reglamento puesto en vigencia por el Decreto 893/2012 establece en su artículo 44.que los pliegos de bases y condiciones particulares deberán contener las especificaciones técnicas, las cláusulas particulares y los requisitos mínimos que indicará el pliego único de bases y condiciones generales.

Asimismo, si bien aún no se ha elaborado el nuevo pliego general, el artículo 45 del nuevo Reglamento, prevé algunas pautas mínimas del contenido de los pliegos particulares. *"Las especificaciones técnicas de los pliegos de bases y condiciones particulares deberán elaborarse de manera que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones publicas."* Continua estipulando las condiciones que los pliegos de condiciones particulares deben establecer en forma precisa y en el último párrafo consagra el sentido de la existencia de este tipo de pliegos estableciendo que: *"Las especificaciones técnicas deberán ser lo suficientemente precisas para permitir a los oferentes determinar el objeto del contrato y formular una adecuada cotización y para permitir a las jurisdicciones y entidades contratantes evaluar la utilidad de los bienes y servicios ofertados para satisfacer sus necesidades y adjudicar el contrato."*

Como puede observarse las cuestiones que deben ser previstas en los pliegos particulares son de especial importancia y están íntimamente relacionadas con la eficiencia de la contratación que se obtenga, debido a que influyen directamente

[24] Daniel Gomez Sanchís, "Pliego de condiciones," cap. VI, en Ismael Farrando (h.), *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 214.

[25] Dto. 436/2000 (derogado) Art. 45: "Los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares serán elaborados y aprobados por las entidades estatales para cada procedimiento de selección y deberán contener los requisitos mínimos que indicará el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales e incluirán las especificaciones técnicas."

en los resultados. Al establecer cuestiones como el objeto y las características técnicas del bien o servicio, están persiguiendo un fin o resultado del procedimiento licitatorio.

Asimismo, establecen las pautas de cotización y evaluación de las ofertas, que son los parámetros básicos para facilitar una sana competencia.

Por lo expuesto, y toda vez que los pliegos licitatorios influyen directamente en la eficiencia de las contrataciones es que previamente a analizar otros aspectos, merecen una mención especial, los principios que deben primar en ellos.

iii. *Principios que deben respetar los Pliegos*

Los principios fundamentales previstos en la normativa arriba mencionada, que deben prevalecer en cualquier licitación pública, se traducen en los pliegos que al regular las compras también deben velar por su debido cumplimiento, y que la doctrina ha podido subsumir en *generalidad, impersonalidad e igualdad*, y en especial *la inalterabilidad.* [26]

1. *Generalidad*

Los Pliegos deben estar compuestos por cláusulas que revistan carácter general, es decir, aplicables a todos aquellos interesados que decidan participar en el procedimiento de selección. Las previsiones del pliego no deben contemplar situaciones particulares, sino que deben prever las mismas exigencias y consecuencias jurídicas para todos aquellos que se encuentren en idéntica situación. Este requisito se encuentra vinculado al principio de igualdad de trato hacia los potenciales proveedores y la imposibilidad de establecer discriminaciones arbitrarias, como así también al principio de concurrencia que debe primar en toda licitación para asegurar la competencia.

2. *Impersonalidad*

Este requisito también se encuentra vinculado a los principios de igualdad y concurrencia.

Sería la exigencia de que el pliego no se encuentre direccionado o que contenga cláusulas que puedan obstaculizar la participación de aquellos que, en igualdad de condiciones, se pudieran presentar para contratar con el sujeto licitante.

Serían válidas aquellas limitaciones objetivas que persigan la eficiencia en la contratación para el Estado, pero no aquellos "procedimientos a la medida" en vistas a beneficiar a algún proveedor en particular.

Es decir, que existen casos en los cuales por las características de productos o servicio a contratar, es posible que haya un solo integrante del mercado habilitado para ofertar. En tal caso, se debe seguir el procedimiento previsto de contratación

[26] Daniel Gomez Sanchís, "Pliego de condiciones," cap. VI, en Ismael Farrando (h.), *op. cit.*

directa, dando cumplimiento a los requisitos previstos por la normativa vigente. No se debe, en esos casos, intentar ocultar esa situación simulando una licitación.

3. *Igualdad*

Los pliegos no pueden contener cláusulas que deriven en un desigual tratamiento a los oferentes.

El pliego que contiene el llamado no puede crear favoritismos hacia unos en perjuicio de otros, sus cláusulas deben ser respetadas por todos.

No debe, sin embargo caer en un formalismo extremo. La igualdad debe observarse teniendo en vistas también la preeminencia de la competencia, a favor de una mayor eficacia en el procedimiento de selección.

4. *Inalterabilidad*

Los pliegos una vez elaborados y puestos a disposición de los interesados como consecuencia del llamado a licitación, son inmodificables, aún cuando el procedimiento en cuestión se presente un sólo oferente.

Algunos autores distinguen 3 etapas en el proceso de selección, diferenciando así sus efectos: i) Previa a la presentación de las ofertas, ii) posterior a ella y anterior a la adjudicación y iii) posterior a la adjudicación.

Se admite la modificación en la primera, se sostiene que la modificación durante la segunda implica un nuevo llamado, y se veda tal posibilidad en la tercera.

Otra parte de la doctrina no admite esta posición entendiendo que la puesta a disposición del pliego cierra el proceso interno de la administración de elaboración y aprobación de los pliegos, y que a partir de ese momento son inalterables, salvo supuestos excepcionales.

Ello demuestra la importancia del trabajo preliminar que debe realizarse para la correcta conformación de los pliegos. La corrección posterior resulta mucho más complicada y costosa para el Estado, ya que en muchos casos inclusive implica dar por caído o agotado el llamado y la convocatoria a través de un pliego nuevo.

No obstante este principio persigue resguardar, que se generen cambios que puedan afectar la igualdad y la concurrencia, de aquellos interesados que no accedieron a los cambios y podrían haberse presentado.

iv. *La intervención de la ONC y Jefatura de Gabinete de Ministros en la elaboración de pliegos particulares como novedad*

Cabe mencionar como incorporaciones novedosas a la normativa vigente, las previstas en el artículo 44 del nuevo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional que a) otorga a la Oficina Nacional de Contrataciones la facultad de elaborar modelos de pliegos y b) habilita a la Jefatura de Gabinete

de Ministros a establecer criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio con fines de desarrollo de políticas publicas.

a) *Facultades otorgadas a la ONC*

Tal como se ha mencionado la normativa vigente otorga a la ONC la facultad de elaborar pliegos modelos de bases y condiciones particulares para "determinados objetos contractuales específicos, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes que el Órgano Rector determine."

Es decir, que en algunos casos y para algunos objetos contractuales que aún no han sido determinados, la ONC podría establecer un pliego particular obligatorio, por los que revestiría una naturaleza similar a la reglamentaria del pliego general.

En este sentido hubo casos similares con anterioridad, como p ej. las "BASES PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PARA EL PAGO DE HABERES" que consistía en un pliego modelo aprobado por la Resolución N° 505/97 de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía.

De esta forma, se delegaría en la ONC, para determinados objetos, la reglamentación de la contratación a través de la elaboración de pliegos particulares obligatorios.

Considerando el gran caudal de información valiosa respecto a servicios y a proveedores que a través de las herramientas informativas ha podido relevar la ONC, es posible que esta facultad reglamentaria sirva para realizar pliegos modelos más eficientes.

b) *Facultades otorgadas a la Jefatura de Gabinete de Ministros*

La segunda incorporación novedosa realizada a través del mencionado artículo del Reglamento dedicado a la elaboración de los pliegos particulares, es la facultad de la Jefatura de Gabinete de establecer en los pliegos particulares "criterios de selección de ofertas" con el fin de "desarrollar políticas públicas" que generen como efecto una gran cantidad de efectos deseados como ser, entre otros: el bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de el crecimiento en determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables.

Nótese la importancia que se ha dado en la nueva reglamentación a los pliegos particulares, que pareciera que fueran una herramienta para lograr los fines más fundamentales del Estado Nacional.

Sin dudas, se ha considerado a los pliegos particulares como un vehículo más a través de los cuales el Estado puede ejecutar las políticas públicas que defina orientando las contrataciones según "los criterios de selección de ofertas" que establezca discrecionalmente.

B. *Análisis de* Law&economics

Así como existe, desde el punto vista de la naturaleza jurídica, una distinción de los pliegos generales y particulares, también es factible un diferenciación desde el punto de vista de *law&economics.*

i. *Pliego General*

El pliego general como se ha expresado previamente, es aquel elaborado por la autoridad superior para su aplicación a todas las contrataciones de un determinado ámbito de aplicación, por ejemplo fue a nivel del Estado Nacional la mencionada Resolución 834/2000 del Ministerio de Economía aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las contrataciones con el Estado Nacional. De la misma manera se estipula en el nuevo Reglamento, artículo 43, que será la ONC la encargada de generar el pliego único de bases y condiciones generales "de utilización obligatoria" para todas las contrataciones.

Así los pliegos generales establecen las pautas básicas para contratar con el Estado, las condiciones y requisitos mínimos que cualquier proveedor debe cumplir, las garantías básicas que se deben ofrecer, el procedimiento que debe garantizarse para cualquier contratación, los tipos de contrataciones posibles según importe, tipo de servicio o situación fáctica, entre otras pautas básicas antes mencionadas.

Posee una naturaleza reglamentaria desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista de *law & economics*, que permiten principalmente reducir los costos de transacción determinando de antemano el marco de las contrataciones. La regulación de las bases a través del pliego general reduce los costos de transacción por "*hacer elecciones repetitivas*," es decir establece las pautas básicas que resultarían de una negociación racional. Negociar dichas pautas caso por caso en cada contratación generaría un costo excesivo para el Estado.

De este modo la reglamentación del pliego general, fija las pautas básicas para la contratación pública, cuyo principio como se ha expresado es la contratación a través de la Licitación Pública, fuerzan de alguna forma al Estado Nacional y a los organismos públicos a ser racionales en el proceso de contratación, ya que establece el procedimiento básico, las pautas generales de cotización y elección de los proveedores.

Los *pliegos generales* fijan un procedimiento básico, haciendo pasar a los potenciales proveedores por un sistema de búsqueda exhaustivo con el fin de que a través de ese camino se logre encontrar las mejores ofertas. La estandarización de ciertos aspectos del procedimiento a través de los pliegos generales permite a su vez reducir los costos para los oferentes que no deberán adecuarse a procedimientos diferentes para cada contratación o eventuales requisitos que pudieran establecer las oficinas de contrataciones de cada organismo, salvo en los aspectos

puntuales previstos en los pliegos particulares, resultando de esta forma más fácil la preparación de las ofertas.

Un ejemplo claro que puede mencionarse y cuya estandarización colabora a asegurar el cumplimiento por parte del Estado y a reducir costos de cumplimiento por parte de los proveedores, es la regulación de la documentación obligatoria que debe presentar cualquier proveedor del Estado Nacional para poder contratar con éste y las condiciones de habilidad que se preveía en la Resolución 834/2000, artículo 12 del PUByCG.

El mencionado artículo requería una cantidad de documentación, estados contables, estatutos, nómina de autoridades, certificaciones de cumplimiento impositivo y previsional, entre otros.

Si la documentación fuera diferente para cada proceso, el costo de la elaboración de las ofertas sería mucho mayor. Un gran avance en este sentido ha sido la regulación de la presentación por única vez de dicha documentación a través del SIPRO, que permite comprobar tanto por parte de la administración como por los proveedores del Estado allí registrados, el correcto cumplimiento de la presentación de dicha documentación por parte de cada proveedor. Sin duda, la implementación del SIPRO ha contribuido en la mejora de los procedimientos licitatorios, proporcionando información, mayor transparencia y por ende más eficiencia. Actualmente dichos requisitos se han incluido en el nuevo Reglamento.

Quedará por analizar las pautas que se introduzcan al régimen de contrataciones con el Estado Nacional a través del nuevo Pliego General que será elaborado por la ONC, y que deberá estipular el contenido mínimo de los pliegos particulares.

ii. *Pliegos particulares*

Los *pliegos particulares*, reducen los costos de transacción en el mismo sentido que lo hacen los pliegos generales, pero además pueden observarse otros efectos desde el punto de vista *law & economics.*

Los *pliegos particulares* completan las bases del pliego general estableciendo las pautas de cada contratación en particular. De su correcta confección depende el éxito de la contratación en términos de resultado. Deben establecer el objeto de la contratación, las condiciones específicas del producto o servicio a contratar.

Desde un punto de vista de *law & económics,* se puede analizar teniendo en cuenta varios conceptos que intentaré describir y analizar a continuación, teniendo en vista posteriormente demostrar como la participación en la conformación de los pliegos puede mejorar varios aspectos:

i) Un primer punto a tener en cuenta, es el impacto que pueden generar los pliegos particulares en la concurrencia y competencia de los potenciales proveedores. El pliego debe establecer claramente la forma de cotización y de pondera-

ción o evaluación de las ofertas, es decir la forma de evaluación que determina la adjudicación, en otras palabras, las *bases de la competencia*.

ii) El segundo punto a tener en cuenta, es que para su elaboración, principalmente para contratación de productos y servicios de mayor complejidad, se requiere un adecuado conocimiento de lo que se va a contratar, cuáles son las características especificas y técnicas de ello, estudios, curvas financieras, el uso que se desea dar, entre otros aspectos, de forma que lo que resulte adquirido sea el mejor producto o servicio para el fin que el Estado persigue con ello. Es en este punto donde resulta de singular importancia que se cuente con la suficiente información para fijar las bases, ya que desde un punto de *law & economics* suele haber una *asimetría de información*[27] entre los prestadores del servicio y la oficina de contrataciones de cada organismo al momento de conformar el pliego particular.

iii) Otros aspectos a considerar, son las *externalidades*[28] que pudieran generar la errónea o incompleta confección de los pliegos particulares, porque éstos establecen las especificaciones del producto, la forma de evaluación, la forma de posterior control teniendo entonces un impacto directo en el resultado de la licitación.

[27] Se dice que existe información asimétrica en un mercado cuando una de las partes que intervienen en una compraventa no cuenta con la misma información que la otra sobre el producto, servicio o activo objeto de la compraventa. Esta teoría supone una ruputura de la teoría de los precios en un sistema de competencia perfecta. Esta información asimétrica conduce a un fallo de mercado, que proporciona un resultado económico ineficiente. La información asimétrica existe porque el vendedor de un producto conoce más y mejor el producto que quiere vender que el comprador. En el mundo financiero se plantean también múltiples casos de información asimétrica porque un prestatario sabe más sobre su solvencia que el prestamista y los clientes de las entidades aseguradoras conocen mejor su riesgo particular que la entidad aseguradora. En los contratos financieros de préstamos, la asimetría nace de que el acreedor o prestamista no posee información suficiente sobre el uso que el deudor dará a los fondos objeto del crédito. Como los prestamistas saben claramente su desventaja aumentarán el tipo de interés y denegarán el otorgamiento del préstamo.En 2001 los economistas, Joseph Stiglitz, George Akerlof y Michael Spence, recibieron el Premio Nobel de Economía por sus análisis de los mercados con información asimétrica. Otros destacados economistas como Kenneth Arrow, William Vickrey y James Mirrlees también han hecho importantes aportaciones al tema de la información asimétrica.

[28] LAFFONT, J.J., "externalities," *The New Palgrave Dictionary of Economics*, second edition, eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume, Palgrave Macmillan, 2008. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, Palgrave Macmillan, 29 March 2011 http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_E000200 Una definición de uso común es proveída por Jean-Jacques Laffont: "Las externalidades son efectos indirectos de las actividades de consumo o producción, es decir, los efectos sobre agentes otros que el originador de tal actividad (y) que no funcionan a través del sistema de precios. Técnicamente eso se interpreta como: "Cualquier efecto indirecto que ya sea una actividad de producción o consumo tiene sobre una función de utilidad o sobre un "conjunto de consumo" o "conjunto de producción." Las externalidades son generalmente clasificadas en externalidades negativas, cuando una persona o una empresa realiza actividades, pero no asume todos los costes, efectivamente traspasando a otros, posiblemente la sociedad en general, algunos de sus costos; y externalidades positivas, cuando esa persona o empresa o no recibe todos los beneficios de sus actividades, con lo cual otros —posiblemente la sociedad en general— se benefician sin pagar.

A continuación, se detallarán algunos de los efectos que han sido identificados en varios trabajos oficiales de la Oficina Anticorrupción y demás estudios realizados por la Oficina Nacional de Contrataciones.

C. *La conformacion de los pliegos particulares*

A nivel nacional corresponde destacar que el nuevo Reglamento puesto en vigencia por el Decreto 893/2012 establece en su artículo 44 que *"Los pliegos de bases y condiciones particulares serán elaborados para cada procedimiento de selección, por las respectivas unidades operativas de contrataciones de las jurisdicciones y entidades contratantes sobre la base de los pedidos efectuados por las unidades requirentes y deberán ser aprobados por las autoridad que fuera competente[…]. Deberán contener las especificaciones técnicas, las cláusulas particulares y los requisitos mínimos que indicará el pliego único de bases y condiciones generales."*

i. *Consideraciones Preliminares*

Existen mecanismos en la normativa vigente para realizar observaciones o incluso impugnaciones a los pliegos, una vez que éstos han sido publicados.

Entiendo que estos mecanismos o recursos administrativos, que son posteriores a la publicación definitiva del los pliegos, sirven sólo en la medida que se demuestre un error grave que justifique la modificación del pliego, en vistas a respetar el principio de inalterabilidad antes mencionado o que afecte de alguna forma los principios del procedimiento licitatorio. Pero no parecen ser las vías indicadas para proveer de información a los organismos, previamente a la publicación definitiva de los pliegos, respecto del bien o servicio a contratar de forma de lograr un pliego claro y competitivo.

Resulta más costoso, tanto para la administración, como para los proveedores realizar cambios a los pliegos una vez publicados. Por tal motivo y dada la asimetría de información que resulta lógica para el caso de servicios de mayor complejidad es probable que previamente se solicite a los prestadores de dichos servicios, colaboración para la confección de pliegos o se tomen modelos de otros organismos. De esta forma pueden verse pliegos orientados o no ajustados en todo al servicio que se desea contratar.

Compartimos lo expuesto por el Dr. Gordillo que manifiesta, al expedirse sobre la participación de los oferentes en la elaboración de los pliegos, que "*Una forma de solucionar estos graves inconvenientes e introducir la publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato, como se hace p. ej. En los E.E.U.U: Se indican los objetivos que se buscan y se piden ideas acerca de su racionalidad o viabilidad y cómo concretarlos, sin aún pedir ofertas ni comparar precios; recién cuando la administración y los*

potenciales interesados están de acuerdo en la factibilidad y racionalidad del pliego, se piden las ofertas."[29]

Por todo lo expuesto, para determinado tipo de servicios sería conveniente establecer un mecanismo de conformación participada, que permita la incorporación previa de proveedores especializados en la confección de los pliegos de forma de mitigar los efectos aparejados de la asimetría de información.

Sería una forma de anticipar la competencia de los potenciales oferentes, ya que todos aquellos interesados en participar van a tener la oportunidad previa de informar, advertir errores, cuestionar requisitos y hacer llegar al organismo responsable sus comentarios, que sin duda son un valor agregado para la correcta conformación del pliego. De esta forma, una vez que se llega a un texto final, dichos proveedores no podrán realizar los mismos comentarios entorpeciendo el proceso posterior. Asimismo, los antecedentes servirían de control posterior en el procedimiento, no pudiendo la administración actuar en forma contradictoria.

ii. *Normativa Argentina*

a) *Antecedentes:*

La normativa argentina ha incorporado distintos procedimientos y mecanismos de participación ciudadana.

El recientemente derogado Decreto reglamentario Nº 436/2000, en sus arts. 11 y 12, preveía un procedimiento denominado "tramite de las observaciones," para el proyecto de pliego según la complejidad de la contratación.

Dicho artículo, si bien incorpora un mecanismo de conformación de los pliegos con participación ciudadana, no establece claramente cuando procede, sino que queda librado a la discrecionalidad administrativa, expresando que "podrá" convocar a reuniones para recibir observaciones. La práctica indica que en muy pocos casos la administración considera que es necesario realizar este procedimiento.

En este orden de ideas, el Decreto Nº 1172/2003, a fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad, establece diversos mecanismos de transparencia en la gestión de los actos de gobierno, haciendo hincapié en la participación comunitaria.

La audiencia pública constituye una instancia en los procesos de toma de decisiones, a cuyo efecto cualquier persona afectada o que tenga un interés particular o general, podrá poner en conocimiento o manifestar en forma individual, grupal o colectiva su perspectiva respecto a la decisión a adoptarse, que deberá ser considerada, no obstante no poseer carácter vinculante.

Por otra parte, se han suscripto convenios mediante los cuales se acordó la intervención de la Oficina Anticorrupción (Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia), en su función de organizador y coordinador de las audiencias

[29] Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. XII, p. XII- 23.

públicas destinadas a la elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones recogiendo las observaciones y evaluaciones efectuadas en tal audiencia.

Los mismos son:

- Convenio entre el Ministerio de Infraestructura y Vivienda (actual Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios) y Poder Ciudadano como Capítulo Nacional de TI, suscripto el 25/01/2000.

- Convenio entre el Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Oficina Anticorrupción, suscripto el 27/04/2000.

- Convenio entre la Oficina Anticorrupción y Poder Ciudadano Capítulo Nacional de TI, suscripto el 20/10/2003.

Un marcado avance respecto a la conformación participada de pliegos, según mi criterio, ha sido el que ha incorporado la Resolución 587/2003 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, fundándose en el objetivo de incrementar la transparencia en las contrataciones de las Fuerzas Policiales y de Seguridad, mediante mecanismos "*que permitan facilitar la libre concurrencia de oferentes, impulsar la difusión y publicidad de las contrataciones, y mejorar la gestión de las adquisiciones.*"

Dicha Resolución, en su artículo 4°[30] establece la obligatoriedad de que todos los pliegos deben someterse a la consulta pública para la recepción de observa-

[30] Resol. 587/2003, art. 4º: "Consulta Pública sobre los proyectos del pliegos. Todos los proyectos de pliegos de bases y condiciones particulares y especificaciones técnicas nuevos no aprobados, incluyendo los correspondientes a contrataciones directas, deben someterse a consulta pública para la recepción de observaciones y sugerencias de la sociedad, mediante su publicación en el sitio de Internet del PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, pudiendo ser difundidos asimismo en la página web de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES y de la FUERZA respectiva. Quedan exceptuadas las contrataciones declaradas secretas por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, las que se realicen por trámite simplificado, las contrataciones directas por razones de urgencia o emergencia o aquellas que expresamente determine el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. La convocatoria a consulta pública sobre el proyecto de pliego se publicará en la página de Internet del PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD. El plazo para plantear observaciones y comentarios se fijará teniendo en cuenta la complejidad de la contratación y no podrá ser inferior a TRES días. Los interesados podrán remitir los comentarios al PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, por correo electrónico a la siguiente dirección electrónica admcivil@jus.gov.ar, en soporte papel a la siguiente dirección: Sarmiento 329 - 9º piso, -1041- Buenos Aires, Argentina, o mediante el formulario que a tal efecto se habilitará en la página de Internet del PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD. Las unidades operativas de contrataciones y el PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, en su caso, podrán convocar a reuniones para recibir comentarios y observaciones sobre el proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. De los temas tratados en esas reuniones y de las propuestas recibidas se labrará acta que firmarán los asistentes que quisieren hacerlo. Los comentarios y observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas que formularen por escrito los interesados, por correo electrónico o en soporte papel, así como también las actas mencionadas, se agregarán al expediente. No se

ciones y sugerencias por parte de la sociedad mediante su publicación mediante una página oficial en Internet, al menos por 3 días.

En todos los casos, cuando la oficina de contrataciones lo estime conveniente también podrá convocar reuniones para recibir sugerencias y observaciones que deberán ser transcriptas en un acta.

No podrán aprobarse los pliegos que no hayan sido previamente publicados en Internet y sujetos a comentarios y observaciones.

Cabe destacar, que las Fuerzas Armadas y de Seguridad poseen una importante participación en el gasto público y por su envergadura y dispersión suelen realizar contrataciones grandes en importe y cantidad.[31]

Evidentemente, este mecanismo se ha visto también como una forma de control y transparencia.

La Oficina Anticorrupción ha colaborado en la implementación de este sistema y ha realizado varios estudios respecto al impacto de esta metodología.

Así en uno de sus trabajos de investigación ha manifestado que "*En el caso de los procesos de licitación la Oficina estima que una mayor concurrencia de actores en el mercado sumado a la posibilidad de colaborar con los interesados en la confección de pliegos que respeten los principios de igualdad y transparencia permite aumentar los niveles de eficiencia en la gestión, dando mejores servicios con ahorro en los costos.*"[32]

En dicho trabajo, titulado "Análisis Económico del Mecanismo de Elaboración Participada de Pliegos Licitatorio," ha demostrado cómo el Servicio de Comidas del Servicio Penitenciario N° 1 ha logrado disminuir los costos y mejorar la calidad de la contratación de comidas.

realizará ninguna gestión, debate o negociación ni intercambio de opiniones entre funcionarios de las unidades operativas de compras e interesados en participar en la contratación, fuera de los mecanismos expresamente previstos, a los que tendrán igual acceso todos los interesados. Las unidades operativas de contrataciones elaborarán el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas definitivo conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos que a su juicio correspondan, teniendo en cuenta las observaciones vertidas por los interesados en la medida en que sean pertinentes a juicio de la Fuerza respectiva, a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios establecidos en el Decreto Nº 1023/01. Las Unidades Operativas de Contrataciones de la POLICIA FEDERAL ARGENTINA, de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA, de la PREFECTURA NACIONAL ARGENTINA y del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, incluyendo las de los organismos que les dependen, deberán remitir los proyectos de pliegos de bases y condiciones que aún no hayan sido autorizados, al PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, en un plazo de CUARENTA Y OCHO horas. No podrán, aprobarse las convocatorias ni los pliegos que no hayan sido sometidos al procedimiento de consulta previsto en el presente artículo, salvo aquellos que el MINISTRO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, haya exceptuado específicamente."

[31] Ver estadísticas de la pagina oficial de la ONC, www.argentinacompra.gov.ar

[32] Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, Oficina Anticorrupción, Análisis Económico del Mecanismo de Elaboración Participada de Pliegos Licitatorios, "El caso de la Licitación del Servicio de Comidas del Complejo Penitenciario Nº 1 (Ezeiza)," marzo 2000.

Asimismo, se han hecho varios estudios de campo donde se puede inferir las externalidades que pueden generar la incorrecta elaboración de los pliegos que detallaremos a continuación a fin de arribar a una conclusión al respecto.

b) *Normativa vigente:*

El Reglamento que ha entrado en vigencia recientemente, prevé en su artículo 32 la posibilidad de realizar observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, en un texto muy similar al de la anterior reglamentación.

"Cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, en el procedimiento en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares."

La nueva fórmula si bien mantiene la posibilidad de una participación *ex ante* en la confección de los pliegos, que por los motivos antes mencionados sería más eficiente, continúa sin resultar claro para qué casos aplicaría. Por una parte estipula que sería viable para aquellos casos de mayor monto o complejidad, que se mantuvo de la anterior redacción. Pero, acto seguido introduce la posibilidad de una etapa previa de observaciones para aquellos casos en los *cuales "no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o cláusulas particulares completas",* es decir, cuando por alguna razón no especificada, no se justificaría el trabajo previo de la elaboración del pliego particular por parte de la administración pública. Esta última parte resulta ambigua y de variadas interpretaciones posibles y antagónicas. ¿Cuáles serían los casos en los cuales no sería conveniente elaborar el pliego anticipadamente? Una primera interpretación posible podría ser que se encuentra ligado a la complejidad y por lo tanto sería muy costoso para el estado trabajar en un proyecto de pliego. También podría ser porque no se cuenta con la información necesaria para poder elaborar el proyecto de pliego, como ya hemos mencionado entre las oficinas de contrataciones y los proveedores existe una inevitable *asimetría de información* con relación a las especificaciones técnicas del servicio o producto a contratar. Por último, también podría interpretarse que sería posible para aquellos casos en los cuales el costo de realizar el pliego no se justificaría o sería excesivo con relación al monto de la contratación, dejándolo en manos de los mismos proveedores el trabajo de elaboración del pliego.

Como se puede observar, el texto de la nueva norma no clarifica el texto del anterior artículo 11 del Decreto reglamentario Nº 436/2000, por el contrario agrega una pauta de conveniencia que podrá ser sujeta a variadas interpretaciones y por lo tanto de una inevitable aplicación discrecional

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que el nuevo Reglamento, artículo 41[33], incorpora una mejora en el procedimiento para llevar a cabo esta etapa de observaciones previas a los proyectos de pliego, exigiendo la difusión del proyecto de pliego en la página web de la ONC con diez días de anticipación para que cualquier persona pueda realizar observaciones de conformidad a lo previsto en el artículo 54 al cual remite.

Esto se alinea con el mecanismo de la mencionada Resol. 587/2003 y con la propuesta de mejora objeto de este trabajo, teniendo en cuenta que la publicación en internet es una excelente forma de difusión sin grandes costos para la administración.

El procedimiento para la etapa de observaciones previsto en el artículo 41 antes mencionado, mantiene también como posibilidad la de realizar reuniones para discutir los proyectos de pliegos particulares.

Por último, también es importante mencionar que el artículo 42 del nuevo Reglamento exige que, en los casos en que se haya realizado la mencionada etapa previa de observaciones, el acto administrativo que apruebe el pliego definitivo de bases y condiciones particulares deberá efectuar una *"evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas"*.[34] De esta forma se asegura un análisis de cada una de las observaciones recibidas por parte de los interesados y una fundamentación razonada que erradica la arbitrariedad en los casos que las observaciones no fueran tenidas en cuenta.

iii. *Problemas detectados en la conformación de los pliegos particulares*

La Oficina Anticorrupción, en sus trabajos de investigación ya ha manifestado que el pliego es decisivo en las contrataciones: "Es la base para comprar bien" por parte del Estado y "es el arma para cotizar bien" para el privado. Por eso cada repartición tiene que "especificar exactamente" lo que desea obtener. La parte técnica debe ser precisa y clara para que los oferentes puedan cotizar de forma adecuada. Pero en la práctica los pliegos no suelen ser suficientemente claros, con lo cual se vuelve muy complicado para los proveedores poder estimar la cotización.

[33] Dto. Nº 893/2012, Art. 41,- "TRAMITE DE LAS OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO. Cuando se realice la etapa prevista en el artículo 32, la convocatoria a formular observaciones al proyecto de pliego se difundirá de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 54 del presente. Durate el lapso previsto para la formulación de las observaciones, la unidad operativa de contrataciones podrá convocar a reuniones para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. De los temas tratados en esas reuniones y con las propuestas recibidas, se labrará acta que firmarán los asistentes que quisieran hacerlo. No se realizará ninguna gestión, debate o intercambio de opiniones entre funcionesrios de las jurisdicción o entidad contratante e interesados en participar en la contratación, fuera de los mecanismos expresamente previstos, en los que tendrán igual acceso todos los interesados."

[34] La bastardilla me pertenece.

Un problema fundamental que resulta de la vaguedad de los pliegos es que vuelve a las ofertas incomparables entre sí. De esta manera, la falta de pautas claras no sólo dificulta la cotización para el sector privado, sino que también entorpece la evaluación por parte del organismo, al presentar en un mismo procedimiento bienes disímiles.

Además, la excesiva "apertura" o indefinición de los pliegos genera la presentación de bienes o servicios muy distintos, algunos de los cuales son llamativamente baratos pero de muy mala calidad. En estas ocasiones, es difícil para las unidades de compras desestimar ofertas en base a criterios que no se establecieron claramente en el pliego; y por esta imposibilidad de fundamentar sus elecciones, el Estado termina "comprando mal."

Del relevamiento llevado a cabo por la Oficina Anticorrupción (en un trabajo del 2007)[35] se ha llegado a las siguientes conclusiones con relación a la construcción del Pliego de Bases y Condiciones:

- El diseño de los pliegos de bases y condiciones particulares es considerado como una etapa clave para la transparencia en las contrataciones públicas tanto por parte de los responsables de gestionarlas como de los órganos de control y los proveedores.

- Las opiniones de los entrevistados a su vez coinciden en que la falta de reglas claras en los Pliegos de Bases y Condiciones no sólo dificulta la cotización para el sector privado, sino que también entorpece la evaluación y adjudicación por parte del organismo contratante.

- Las opiniones destacan que en muchos pliegos se excluyen determinados datos importantes, lo que permite que sólo los proveedores habituales coticen, vulnerando de esta forma el principio de concurrencia que debe estar presente en las contrataciones públicas.

- Los entrevistados apuntaron la existencia de dificultades para evaluar las ofertas por excesiva ambigüedad de los pliegos de bases y condiciones particulares, circunstancia que afecta el análisis de las objetivo, claro e imparcial de las propuestas.

- Según los entrevistados, los mecanismos consultivos de discusión y elaboración participada de pliegos no se utilizan con frecuencia debido a las características sencillas de los bienes o servicios a contratar o bien por falta de conocimiento respecto de la aplicación e implementación de tales mecanismos.

Los proveedores relatan que en algunos casos se entiende perfectamente, qué es lo que el organismo requiere (en general éstos son los organismos que disponen de áreas técnicas especializadas) y en otros en cambio, "parecen hechos por alguien

[35] El Estado de las Contrataciones - Mapa de condiciones de Transparencia y Accesibilidad en las Contrataciones Publicas - Oficina Anticorrupción 2007 y 2008.

que no tiene conocimiento" de lo que se necesita comprar ni de las características básicas que debe tener un pliego.

La falta de datos relevantes para realizar la cotización es un problema que perturba al sector privado. En este sentido, manifiestan que en ciertos pliegos abundan en detalles innecesarios y se omite información importante.

En síntesis, los entrevistados manifestaron que existen organismos que hacen muy bien los pliegos y otros que los elaboran de manera muy insuficiente. ("Hay de todo," afirman.) Cuando esto último ocurre, los problemas en las contrataciones se multiplican, siendo la instancia del pliego, decisiva para todo el procedimiento.

iv. *Herramientas consultivas para una conformación participada de los pliegos particulares. Propuesta*

La Oficina Anticorrupción también ha investigado respecto de la utilización de herramientas consultivas, resultando de ello escasas respuestas afirmativas al respecto. Particularmente, se estima que la consulta con los proveedores es un excelente mecanismo promotor de la transparencia. Cuando estas consultas se realizan de manera formal se publica un pre-pliego sobre el que los proveedores pueden hacer observaciones o sugerencias, como es el caso de las Fuerzas Armadas y de Seguridad mencionado más arriba. Cuando se llevan a cabo de manera informal suele contactarse a los proveedores para solicitarles detalles o sugerencias sobre las especificaciones técnicas. De todas formas, esta práctica es muy poco frecuente. Gran parte de los que opinaron al respecto, sostienen que este tipo de consultas no son necesarias porque conocen adecuadamente las características de las contrataciones que realizan constantemente y ellas no ofrecen mayores complejidades. En este sentido, consideran la posibilidad de utilizarlas si hubiese una contratación extraordinaria, aunque existe un desconocimiento sobre cuáles serían estas potenciales herramientas consultivas.

Por su parte, los proveedores aseguran haber realizado alguna recomendación a organismos, aunque todos recalcan la falta de frecuencia en las que lo han hecho.

De lo expuesto también cabría concluir que la carencia de aplicación de estas herramientas se debe a un desconocimiento de su existencia y de su modo de implementación en la práctica cotidiana, así como de los provechos que podrían implicar para las contrataciones del Estado.

Ciertamente, es en los pliegos de condiciones particulares y en las especificaciones técnicas donde está la clave de la contratación administrativa.

Con el objetivo de encontrar una herramienta tendiente a disminuir o, en el mejor de los casos, eliminar las deficiencias —intencionales o no— en la elaboración de dichos pliegos, cabe proponer un mecanismo de publicidad de los proyectos de pliego, de carácter informal, que sea la regla general en los procedimientos de selección del contratista. De este modo se invertiría la regla, estableciendo la obligatoriedad de la publicación del proyecto de pliego elaborado por las Unidades

Operativas de Contrataciones, por ejemplo, en el sitio de Internet de la ONC, por un plazo determinado, Cabe tener presente, que esta parte de la propuesta ha sido receptada en el nuevo Reglamento en sus artículos 32 y 41. Que establecen la obligatoriedad de publicar En la pagina web de la ONC los proyectos de pliegos cuando ser haya dispuesto una etapa previa de observaciones.

Previo a ello, se podrían enviar comunicaciones por vía electrónica a las asociaciones de proveedores del bien o servicio a contratar, para su difusión entre los interesados, a fin de brindarles oportunidad de formular observaciones o comentarios al proyecto también por vía electrónica.

Estas observaciones, efectuadas por un medio sencillo e informal, permiten otorgar más elementos de juicio a la UOC para elaborar el pliego definitivo, pero sin necesidad de evaluar por escrito la pertinencia, o no, de aquéllas; y, por otro, poner en evidencia un posible direccionamiento de los pliegos o advertir la deficiente confección de aquellos, antes de que se apruebe el texto definitivo.

Las observaciones efectuadas por vía electrónica, deberían imprimirse e incorporarse a las actuaciones, de modo que queden constancias de ellas, como un mecanismo de control del pliego definitivo. Tal como se ha mencionado en el punto anterior, el nuevo Reglamento exige en su artículo 42, que el acto administrativo que apruebe el pliego definitivo de bases y condiciones particulares deberá efectuar una *"evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas*

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario avanzar con la propuesta de mejora del procedimiento de elaboración participada de los pliegos particulares. Parece aconsejable limitar la multiplicidad de interpretaciones respecto a la conveniencia y la discrecionalidad del funcionario competente para decidir el sometimiento a dicho procedimiento tal como se encuentra previsto en el artículo 32 del nuevo Reglamento por ejemplo, mediante la determinación de un monto mínimo de la contratación a partir del cual la publicación del proyecto y el trámite de las observaciones resulte obligatorio.

Dicho monto mínimo podría ser de $ 1.000.000, que es el establecido en el art. 10 de la Resolución SIGEN Nº 79/05, para habilitar a los organismos contratantes a solicitar al órgano contralor el análisis de los pliegos de bases y condiciones particulares, como mecanismo complementario al de Precio Testigo. Es necesario recordar, que dicha intervención también puede solicitarse con fundamento en la complejidad de la contratación, sin atender, en este caso, al monto estimado de la misma.

Como ya expresamos, el diseño de los pliegos de bases y condiciones resulta determinante para garantizar la transparencia en la contratación. Pese a ello, se requiere un mayor desarrollo de esta idea transformadora del criterio clásico dominante, que concluye su análisis en el segundo segmento del proceso.

Ahora bien, la propuesta consiste reglamentar para todas las contrataciones del Estado Nacional un mecanismo de elaboración participada de pliegos de bases y condiciones que rigen los procedimientos de selección de bienes y servicios, teniendo en cuenta la naturaleza normativa de los mencionados pliegos y del notorio beneficio en términos de eficiencia y transparencia que su discusión pública puede otorgarles.

Para ello, podría dictarse una norma específica versada exclusivamente sobre la "Elaboración Participada de pliegos de bases y condiciones," que además estableciera un procedimiento claro y operativo, y determinara taxativamente el tipo de contratación alcanzado así como las excepciones en las cuales no se aplicaría este procedimiento.

Podría inclusive ampliarse el ámbito de aplicación de la Resolución 587/2003, que prevé un mecanismo de consulta previa por Internet para los pliegos elaborados por las Fuerzas Armadas y de Seguridad, que ha demostrado ser un mecanismo eficiente, realizándole las mejoras y adaptaciones pertinentes para que pueda utilizarse para todas las contrataciones del Estado Nacional.

Sin perjuicio de ello, tal como expresa la Oficina Anticorrupción, cabe aclarar que no es tan sencillo generar la "participación" con la sola sanción de una norma, sino que resulta imprescindible, además, llevar a cabo un proceso de "concientización" del funcionamiento de este mecanismo para alcanzar óptimos resultados en la utilización e implementación del mismo.

IV. Conclusión

Habiendo realizado un análisis de la normativa vigente en la materia y teniendo en cuenta los inconvenientes detectados en el procedimiento de preparación de los pliegos particulares, desde un punto de vista de Law & Economics cabría concluirse que la incorporación de un mecanismo de conformación participada de pliegos redundaría en varios beneficios. Entre los beneficios podrían mencionarse (i) la anticipación de la competencia entre los potenciales oferentes, donde además se podría visualizar el nivel de compromiso de éstos en la prestación del producto o servicio a contratar, (ii) la eliminación o reducción de los problemas generados por la asimetría de información entre la unidad operativa de contrataciones de los organismos y los proveedores, (iii) la mejora en la calidad y claridad de los pliegos particulares y por lo tanto en la voluntad de la administración pública; (iv) un mejor resultado de la contratación del Estado, pudiendo ser éstas más eficientes en términos de resultado; (v) la reducción de los costos de los controles posteriores, toda vez que teniendo en cuenta los antecedentes en la conformación de pliego no cabría cambios o cuestionamientos innecesarios o ya planteados en esa instancia y (vi) la reducción de recursos administrativos y juicios presentados por la falta de claridad de los pliegos.

Cabe realizar un análisis más profundo para la reglamentación específica de los distintos tipos de contrataciones. Posiblemente este tipo de mecanismos de conformación participada de pliegos sea de mayor utilidad en las contrataciones de servicios de mayor complejidad, debido a que en esos casos la falta de información y precisiones técnicas generan un mayor impacto en el resultado de la contratación. No obstante realizar una publicación del pre-pliego por Internet y por un corto plazo podría también realizarse para todo tipo de productos y servicios, como se realiza en el caso de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

Así, siguiendo con el razonamiento planteado en la introducción y a lo largo de este trabajo, si bien por definición los contratos son incompletos tal como expone Oliver Williamson, la introducción de este tipo de mecanismos de conformación participada de pliegos podría contribuir para que los contratos del Estado sean más completos, y por lo tanto más eficientes.

Sección VI

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Capítulo XXX: Ahe, Dafne y Miljiker, María Eva, *Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado.*

Capítulo XXXI: García Sanz, Agustín A. M., *Responsabilidad del Estado y corrupción.*

Capítulo XXXII: Gordillo, Agustín, *La responsabilidad del Estado en la práctica.*

Anexo *Palabras leídas en las "Jornadas intercátedra de Derecho Administrativo sobre responsabilidad del Estado" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*

Capítulo XXXIII: Bruno dos Santos, Marcelo A., *Una mirada crítica de la responsabilidad del estado por omisión en espectáculos deportivos. Un camino a recorrer después del caso "Mosca"*

Capítulo XXX

ALGUNOS MITOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA CONTINENTAL: EL CASO DE LA ARGENTINA Y LA REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Por Dafne Ahe y María Eva Miljiker

Sumario

I. Introducción 595
II. Tradiciones Jurídicas: El *common law* y el sistema continental. Mitos y realidades 596
III. Funcionamiento del sistema argentino. El caso del Derecho Público y la evolución de las reglas sobre Responsabilidad del Estado 605
IV. Problemas relativos a la regulación jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado. La obligatoriedad de los precedentes. La Corte Suprema, la seguridad jurídica y el respeto del *rule of law* 617
V. Algunas consideraciones finales 621

Capítulo XXX

ALGUNOS MITOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA CONTINENTAL: EL CASO DE LA ARGENTINA Y LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO[1]

Por Dafne Ahe y María Eva Miljiker

I. *Introducción*

En las típicas escuelas de derecho argentinas la carrera de abogacía está claramente centrada en las materias conocidas como "codificadas." Los alumnos pasan sus primeros años estudiando las distintas secciones de los Códigos Civil, Penal o Procesal y su primer contacto con el derecho es a través de la ley formal. Más allá de las aclaraciones teóricas que puedan hacer algunos profesores o las materias introductorias de teoría del derecho, es casi inevitable que estos estudiantes consideren derecho y ley como sinónimos. Al cabo de un tiempo, aprenden un método y se sienten cómodos con él: Estudian reglas generales y las tratan de ubicar en un sistema coherente. Lo hacen, con la creencia de que cuando obtengan su título conocerán "todas" las reglas y, en cualquier caso que se presente, podrán encontrar, por deducción a partir de esas premisas generales, una respuesta adecuada. En pocas palabras, en los primeros años los alumnos tienen una formación típica de la tradición jurídica conocida como civilista o continental, cuyos postulados básicos expondremos en este trabajo.

Ahora bien, la formación de los estudiantes reseñada merece, sin duda, severas críticas. Por un lado, ya hace tiempo se ha dejado al descubierto que ese no es el modo en que funciona el derecho en la vida real.[2] Por otra parte, tampoco es el modo de abordar el conocimiento del derecho argentino en todas sus ramas. N o todas las materias están reguladas por leyes formales que pueden ser estudiadas

[1] Publicado originalmente *LL*, 2007-A, 753.

[2] La bibliografía en este sentido es más que abundante. Ver Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. l. *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, Cap. I y Cohen, Félix, *El Método Funcional en el Derecho*.

en forma ordenada y sistemática. De hecho, la metodología y forma de enseñanza que describimos anteriormente sólo resulta "apropiada" y cómoda durante los primeros años de la carrera. En la Argentina, no todas las ramas del derecho están reguladas al estilo "codificado" de la tradición civilista. El derecho público, en general, no responde a esos parámetros. Es por eso que los estudiantes de abogacía suelen enfrentar nuevas dificultades al encontrarse con las materias llamadas "no codificadas" o, mejor dicho, no legisladas: los postulados básicos que habían aprendido como indiscutibles les resultan casi inútiles; ya no tienen muy claro qué es el derecho ni cuáles son sus fuentes; y desconocen modos de argumentar y razonar fuera del método deductivo sobre leyes escritas.

Esta circunstancia no es anecdótica sino, por el contrario, un perfecto reflejo de la realidad de nuestro sistema jurídico. El derecho público argentino no funciona bajo los típicos postulados de la tradición civilista y el derecho administrativo es un claro ejemplo de ello. A modo de ejemplo, cabe mencionar que temas centrales como la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, o la forma de demandar al Estado ante los tribunales, históricamente carecieron de leyes que los regularan en forma específica.[3] En este trabajo, tomaremos un ejemplo paradigmático dentro del derecho administrativo, cual es la responsabilidad del Estado. Queremos dejar al descubierto cómo funciona verdaderamente el sistema; por qué se ha producido una regulación dispersa, oscura y hasta incoherente; y por qué nos parece imprescindible garantizar cierta previsibilidad en la materia.

II. *Tradiciones Jurídicas: El* common law *y el sistema continental. Mitos y realidades*

Cuando hablamos de tradiciones jurídicas nos referimos a modos de ver y pensar del derecho; la tradición jurídica no tiene que ver con el contenido de las reglas sino más bien con el papel que estas reglas juegan en la sociedad, de dónde provienen, quiénes y cómo las aplican. Siguiendo a Merryman, definiremos una tradición jurídica como "un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho."[4] Claramente, se trata de una definición que tiene en cuenta mucho más que las reglas formalmente vigentes, considera

[3] En principio, el Estado se consideraba indemandable e irresponsable. Podía ser llevado a juicio sólo si el Congreso lo autorizaba a través de lo que se denominó la venia legislativa previa. Con el tiempo, se sancionó en 1900 la ley 3952 y luego la ley 11 .634 (Adla, 1889-1919, 490; 490), que establecían los recaudos procesales necesarios para que el Estado sea llevado a juicio. Sin embargo, existían varias cuestiones que no estaban previstas por las normas y que dieron lugar a fallos contradictorios del Alto Tribunal y de las Cámaras de Apelaciones. Finalmente, 100 años después, con la ley 25.344, del año 2000 (Adla, LX-E, 5547), el Congreso se expidió sobre las cuestiones que habían sido dudosas y reguladas en forma incoherente y oscilante por los tribunales.

[4] Merryman, John, *Sistemas Legales en América Latina y Europa*, FCE, 1995, p. 17.

la cultura en que el sistema legal está inserto, los mitos de cómo debería funcionar y la realidad de cómo funciona.[5] A continuación esbozaremos los aspectos salientes de las dos tradiciones jurídicas más influyentes en el mundo occidental contemporáneo: El sistema continental o de derecho civil y el *common law*. La idea de este trabajo es determinar cuánto de cada tradición jurídica subyace en el funcionamiento del sistema argentino y, más concretamente, en la regulación de la responsabilidad del Estado.

La tradición civilista es claramente la más antigua ya que tiene sus orígenes en el derecho romano y, más concretamente, en el *Corpus Iuris Civilis*. La ideología que inspiró aquella ambiciosa compilación puede verse todavía reflejada en los sistemas legales actuales de Europa continental y de Latinoamérica, y, sin duda, explica muchas de sus actitudes, modos de razonar, juzgar y concebir el derecho. Cabe recordar que Justiniano ordenó a una comisión de expertos la preparación del *Corpus* con el objetivo de ordenar, sistematizar y "mejorar" el derecho romano, que había sufrido un proceso de simplificación y dispersión al desaparecer los grandes jurisconsultos del período clásico.[6] Era evidente que Justiniano consideraba que el derecho podía ser creado en un acto singular; que su mayor o menor bondad dependería de la labor de los expertos; y que era posible diseñar un sistema nuevo y puro en el que no se filtraran elementos del sistema anterior. Por supuesto, que para que esto funcionara tal como estaba planeado, el *Corpus* debía ser autosuficiente y sin lagunas, de modo tal que fuera innecesaria cualquier interpretación o comentario para su aplicación.[7]

Ahora bien, la verdadera y gran influencia del *Corpus Iuris* tuvo lugar mucho tiempo después de su elaboración. A fines del siglo XI, Europa continental no contaba con unidad jurídica ni institucional y los conflictos cotidianos se resolvían con reglas locales, dispersas y producto de las muy diversas influencias culturales que había recibido el continente. Sin embargo, los juristas comenzaron a interesarse por el estudio del *Corpus Iuris Civilis,* que se transformó en el punto de partida de una nueva ciencia con características muy particulares. Estos juristas, tal como Justiniano, concebían al derecho como un sistema a ser creado y perfeccionado por expertos. No tenían ningún tipo de interés ni contacto con el derecho real y cotidiano y se dedicaban a estudiar un derecho pensado para una sociedad que ya no existía. Evidentemente creían que un experto aislado en

[5] KLARE, KARL, define bajo una idea parecida lo que él llama Practica Legal. Para este autor una práctica legal comprende los modos de pensar y resolver problemas, las instituciones, procesos y comportamientos que en forma conjunta constituyen las manifestaciones externas del derecho, como las cortes, las agencias, los órganos de policía, de resolución de conflictos, legislativos, etc. (KLARE, KARL, "Law-Making as Praxis," *Telos*, Nº 40, 123, Summer 1979, p. 124 nota 5.)

[6] LOUZAN DE SOLIMANO, NELLY DORA, *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1993, pp. 97-106.

[7] Por ese motivo fue que el emperador prohibió con penas severas cualquier comentario sobre el *Corpus Iuris* y limitó el número de Universidades que podrían enseñarlo. (Ver LOUZAN DE SOLIMANO, *op. cit.*, p. 101.)

la soledad de una universidad podía diseñar un sistema legal viable y útil. Por ese motivo, se dedicaban a descubrir en el *Corpus Iuris* principios generales que luego fuera posible aplicar a los problemas particulares de las sociedades en que vivían. En definitiva, la idea subyacente era que el derecho era independiente de la sociedad que estaba destinado a regular, cuyas costumbres, reglas y cultura eran prácticamente irrelevantes a los efectos de dotarla de un sistema jurídico.

Esta forma de ver el derecho, que se inició en la Universidad de Bologna, fue congregando generaciones de estudiosos de toda Europa y tuvo una influencia tan vasta que logró generar un modo de pensar el derecho común a casi todos los países del continente. Tal es así, que cuando en el siglo XIX países como Francia entraron en el proceso de construcción de sistemas legales nacionales, lo hicieron sobre las premisas teóricas del derecho romano universitario. El ejemplo de Francia y su Código Civil de 1804 refleja claramente esta herencia ideológica. De hecho, Napoleón encargó su confección a un grupo de juristas con el propósito de lograr un catálogo completo y claro, sin lagunas ni ambigüedades, que proveyera soluciones para cualquier caso que se presentara.[8] Por supuesto, esta estructura encajaba perfectamente con las necesidades y creencias de la Francia post revolucionaria. Por un lado, permitía prescindir de todo elemento del sistema jurídico del antiguo régimen. Por otro, respondía a la estricta división de poderes que propugnaba la nueva clase gobernante y a las nuevas formas de legitimación del poder. Si sólo el consenso de los habitantes podía legitimar el poder, los únicos que podían restringir derechos e imponer obligaciones eran los representantes del pueblo. Los jueces no eran portavoces de la voluntad general y, por eso, debían abstenerse de interpretar o integrar lo decidido por la legislatura.[9]

La ideología civilista y sus principales exponentes, tal como el Código Civil francés, inspiraron, oportunamente, la formación de los sistemas jurídicos en los países latinoamericanos. Por ese motivo, y sin perjuicio de las diferencias que haremos notar en el ámbito del derecho público, el sistema jurídico de la Argentina suele ser clasificado dentro de lo que llamamos tradición jurídica civilista o continental.

Ahora bien, como anticipáramos, no todos los sistemas jurídicos del mundo occidental se desarrollaron bajo las premisas enunciadas. Hoy día los sistemas

[8] A lo largo de la historia ha habido numerosos intentos de crear un sistema omnicomprensivo, que haga innecesaria la interpretación y relegue a los jueces a un rol secundario. Un ejemplo exagerado es el del código prusiano, anterior al napoleónico. A fines del siglo XVIII Federico de Prusia ordenó la elaboración de un código que contenía 17.000 artículos, evidentemente pretendía anticipar cualquier situación de hecho que pudiera presentarse a los magistrados. (Ver MERRYMAN, *Sistemas Legales*, *op. cit.*, pp. 65-67.)

[9] En los años anteriores a la Revolución, los jueces franceses se habían convertido en un rival del poder central ya que utilizaban su poder interpretativo para frustrar reformas legislativas impuestas por la monarquía. Por ese motivo, los revolucionarios tenían claro que debía recortarse el poder de los jueces y evitar que los magistrados modificaran o deformaran las reglas sancionadas por los representantes del pueblo, en otras palabras, por los revolucionarios. (Ver MERRYMAN, *op. cit.*, pp. 64-65.)

jurídicos de países como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda muestran un modo diferente de ver el derecho, su enseñanza, sus fuentes y sus principales actores. Sin querer simplificar en exceso, y advirtiendo que sin duda existen otras razones culturales, sociológicas y políticas, vamos a explicar de qué modo el devenir de la historia ha influido en la estructura y articulación de estos sistemas que integran otra tradición jurídica conocida como *common law.*

Cuando los normandos conquistaron Inglaterra en el siglo XI, decidieron centralizar el gobierno, lo que incluyó la centralización de la justicia que hasta ese momento estaba administrada en forma dispersa debido al sistema feudal. Se crearon tribunales reales, que fueron resolviendo conflictos y creando reglas de derecho que serían aplicables a todo el reino, por lo que esas normas dieron en llamarse derecho común o *common law.* En Inglaterra no rigió nunca el *Corpus Iuris Civilis* y las reglas legales fueron formándose caso a caso, por los conflictos que se iban planteando a las cortes reales. De esta manera, el derecho se fue perfilando como una disciplina práctica, una ciencia de los que litigaban, y a cuyo conocimiento se accedía mediante un sistema de aprendices y no en un ámbito universitario y académico.

Esta descripción sintética de los orígenes del *common law* sirve para explicar las diferencias fundamentales con los sistemas de tradición civilista o continental, en particular, en lo relativo a la teoría de sus fuentes, al modo de crear derecho y al importantísimo rol de los jueces. Como ya explicamos, en los sistemas de tradición continental, el folclor indica que las reglas sólo pueden ser creadas por la asamblea legislativa. Y, por ende, para argumentar, razonar, resolver, el abogado y el juez parten de una fuente que se presenta como jerárquicamente superior a cualquier otra: La ley. En el *common law* esto funciona en forma muy distinta. La fuente de derecho por excelencia es la jurisprudencia, esto es, las decisiones judiciales o *case law,* por lo que el derecho no es creado de una sola vez, por una autoridad única, sino por varios actores en distintos momentos: Los jueces cada vez que se les presenta un conflicto para resolver.

La afirmación precedente no debe ser tomada literalmente, sin embargo. La primera impresión de un abogado formado en la tradición continental es que en el *common law* el juez crea el derecho, de la nada, que decide más o menos lo que le parece justo, apropiado, conveniente; salvo que exista algún caso "igual" que haya sido resuelto con anterioridad, supuesto en el cual rige la doctrina del *stare decisis* u obligatoriedad del precedente. El preconcepto del abogado continentalista es que los jueces del *common law* hacen algo así como lo que les parece justo en los casos "nuevos," y se remiten sin más a precedentes, cuando el conflicto en cuestión es "igual" a uno anterior.

Debemos aclarar que todas estas ideas son visiones distorsionadas de cómo funciona el *common law* no dan cuenta de que las diferencias entre las dos tra-

diciones jurídicas no tienen que ver con si existen o no leyes, si hay más o menos normas escritas, si se utilizan códigos,[10] o si el juez "crea" derecho. Las diferencias, como veremos, residen en el modo de pensar; la forma de argumentar; la jerarquía de las fuentes del derecho; y la ideología subyacente: El derecho como ciencia de experiencia, de creación anónima e inspirado en las realidades concretas de la sociedad, versus la visión continentalista del derecho como obra científica de una autoridad legislativa única y creado con el objetivo de deshacerse de toda otra influencia pasada, cultural, social o política que pueda modificar esas reglas.

La primera aclaración que debe hacerse es que los jueces de un sistema de *common law* no son más libres que sus colegas en un sistema de corte civilista o continental. La teoría del *common law* no supone ni autoriza a los jueces a crear derecho de acuerdo a su propia convicción y juicio. Según la teoría tradicional del *common law,* los magistrados no crean el derecho sino que lo "descubren."[11] En la actualidad, esto es bastante cierto. Con tanto *case law* acumulado, el proceso de descubrimiento se basa, fundamentalmente, en buscar las reglas en las sentencias pasadas. La pregunta que viene a la mente es, por supuesto, qué hacían aquellos jueces de la corona que no tenían repertorios con casos resueltos. En teoría, y esto es necesario entenderlo para comprender cómo piensa un abogado y un juez en un sistema de *common law,* la idea no cambia. El folclor del *common law* sostiene que estos primeros jueces también "descubrían" el derecho, no lo creaban. Como bien lo explica GOTTHEIL, "según creencia imperante en el *common law* existe un derecho dado por anticipado a los hombres que constituyen la sociedad en un momento determinado. Ningún hombre o grupo de hombres puede «hacer» el derecho, por la sencilla razón de que ya está hecho. Ese repertorio de normas y principios generales [...] se identificó en un tiempo con la «ley de la tierra, » con el Derecho tal como era vivido espontáneamente por la sociedad en todos sus órdenes, dentro y fuera de los estrados judiciales [...] Cada decisión judicial constituye así una declaración más o menos expresa sobre la prexistencia de una o varias normas o principios generales [...] Para el sistema el «Derecho» aplicado preexiste ... Con esto llegamos a la forma definitiva del sistema del *common law:* no se confiere a nadie expresamente el poder de crear las normas o principios generales. Los juzgadores deben encontrarlos en la aplicación que de ellos se

[10] Como señala MERRYMAN, "la distinción que se establece entre la producción legislativa y la producción judicial del derecho puede ser engañosa. Es probable que haya en el estado norteamericano típico por lo menos tanta legislación vigente como en un país europeo o latinoamericano típico [Además] [...] la autoridad de la legislación es superior a la de las decisiones judiciales ... La cantidad de la legislación y su grado de autoridad no son criterios útiles para distinguir los sistemas de derecho civil y de derecho común. Tampoco es criterio distintivo la existencia de algo llamado código. California tiene más códigos que cualquier país de derecho civil, pero no es una jurisdicción de derecho civil." (MERRYMAN, *Los Sistemas Legales...*, *op. cit.*, pp. 59-60.)

[11] Esta es la tesis tradicional de BLACKSTONE, cuyos comentarios al *common law* inglés (*Commentaries on the Laws of England*) fueron la fuente no oficial más utilizada por las colonias americanas y, posteriormente, por los Estados Unidos de América para "descubrir" las reglas del *common law* inglés, que fueron recepcionadas como derecho propio en el nuevo continente.

halla hecho en casos anteriores [...] El «Derecho» no es creado por una autoridad mediante palabras, sino que se encuentra implícito en cada decisión judicial."[12] Es cierto que la teoría de la "ley de la tierra"' es fácilmente criticable;[13] se trata más que nada de una ficción y, sin duda, los primeros jueces tuvieron mayor libertad que sus colegas posteriores. Sin embargo, no hay que olvidar que esta ficción demuestra un aspecto relevante de la ideología subyacente: Los magistrados no tienen un poder ilimitado de crear derecho. La diferencia con los jueces del sistema continental radica más en la fuente donde buscan y "descubren" el derecho, que en su mayor o menor libertad para aplicar su criterio.

Por otra parte, y es importante remarcarlo, aun cuando se les reconozca cierto poder para crear derecho, cada magistrado tiene tan sólo una porción muy limitada de ese poder. Es que el derecho se va formando con la intervención de distintos actores y cada uno tiene una parte relativamente pequeña en esa gran responsabilidad. No existe, como en los sistemas civilistas una autoridad única e identificable a quien se le puede imputar la creación de las reglas.

RONALD DWORKIN ha explicado brillantemente, mediante una analogía, cómo funciona la creación jurídica en los sistemas de *common law.* DWORKIN compara el funcionamiento del sistema con un conocido ejercicio literario llamado "Chain Novel" o Novela en Cadena. A partir de allí, asimila la tarea de los jueces con el papel que juegan los distintos escritores en una novela que se escribe en forma conjunta. Este ejercicio literario es muy ilustrativo y permite, creemos, a un abogado no familiarizado con los sistemas de *common law,* entender cómo se razona y cómo se argumenta en estos últimos. Imaginemos, dice DWORKIN, que un grupo de escritores está embarcado en un proyecto de novela, que escribirán entre todos. Deciden arbitrariamente el orden en que escribirán y proponen que el que tiene el número más bajo comenzará con el primer capítulo. Cuando éste lo termine enviará su capítulo al que tiene el número de orden siguiente. Cada escritor tiene la tarea y responsabilidad de agregar un capítulo, de modo tal que se logre la mejor novela posible. En este punto, DWORKIN explica que cada novelista, salvo el primero, tiene la responsabilidad de interpretar lo que se ha escrito antes: Cuál es el hilo conductor de la novela, quiénes son los protagonistas, cuáles son sus rasgos particulares, sus motivaciones, etc. Lo importante es que todos los escritores deben tener en mente que están escribiendo una obra común y no una serie independiente de historias. DWORKIN continúa su exposición dando ejemplos de las dificultades que presenta la interpretación que cada nuevo escritor debe

[12] GOTTHEIL, JULIO, *Common Law y Civil Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 27-28.

[13] Esta teoría ha recibido numerosas críticas y también defensas. Por un lado, se ha alegado que los jueces buscan descubrir cuál es la costumbre vigente y por ello no crean nada nuevo. Sin embargo, esto lleva al típico cuestionamiento de cómo sabemos que los jueces son capaces de "descubrir" esas costumbres objetivamente y que no están, bajo ese pretexto, aplicando su propio criterio personal. Las discusiones al respecto exceden el objeto de este trabajo. Al respecto, puede verse CUETO RUA, JULIO C., *El Common Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 25-47; PHANON J. EDER, *Principios Característicos del Common Law y del Sistema Latinoamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, pp. 15-16.

realizar: Concretamente hace ver que cada nuevo escritor, quiera o no, modificará en algo, definirá hasta cierto punto las características de los personajes y la dirección que toma el relato. Aclara e insiste DWORKIN, sin embargo, que no lo harán en forma totalmente libre y de acuerdo a sus gustos personales, sino que tienen la responsabilidad de interpretar qué quisieron decir los novelistas anteriores y entender cuál es hasta ese momento el hilo conductor y no variarlo. Tendrán libertad, sin duda, pero deben respetar las palabras ya escritas, las opciones ya realizadas anteriormente y por supuesto tratar de encajar su capítulo en lo que ellos interpretan que es la estructura de la novela como un todo.[14]

La analogía con la novela en cadena es muy esclarecedora para comprender la extensión del poder creativo que tienen los jueces en un sistema de *common law,* sus limitaciones, su modo de razonar y de argumentar. Ellos, como dijimos, no hacen lo que les parece justo o conveniente según su sana crítica, sino que tratan de encontrar las reglas y principios en el *common law,* que está formado, como dijimos, por reglas que preexisten y que pueden ser encontradas en los precedentes judiciales anteriores. Para entender su funcionamiento, es necesario agregar que la regla de juego que se les imparte a los jueces —como si fueran novelistas— es la del *stare decisis*, u obligatoriedad de atenerse a lo decidido en casos judiciales anteriores.

La regla del *stare decisis* puede enunciarse, en líneas generales, como la obligación que tienen los jueces de resolver los casos de conformidad con lo decidido en sentencias precedentes dictadas en casos similares, ya sean sentencias dictadas por ellos mismos o por jueces de su misma jurisdicción, de jerarquía similar o superior.[15] Esta doctrina es la que da a los jueces participación en el proceso de formación del derecho que, en definitiva, construirán entre todos —como los novelistas de DWORKIN— un sistema coherente de reglas jurídicas. ¿Por qué? Porque los jueces, en virtud de esta doctrina, tienen una función extra. Cada vez que resuelven una controversia con carácter obligatorio para las partes, están, a su vez, creando una regla de derecho que podrá ser utilizada como fuente en el futuro.

Ahora bien, los magistrados solamente están autorizados a crear o declarar derecho en el punto concreto en que se les presenta el conflicto en su tribunal. Para explicar esto, vamos a poner un ejemplo. Imaginemos un caso en el cual un consumidor demanda a la compañía embotelladora porque compró una botella

[14] DWORKIN, RONALD, "Natural Law Revisited," 34 U. Fla. Rev. 165 (1982.)

[15] Debemos aclarar que la doctrina del *stare decisis* no es idéntica ni funciona de la misma manera en todos los sistemas de *common law*. De hecho, en Inglaterra es mucho más rígida y una vez establecida una regla de derecho por el Tribunal Superior —la Cámara de los Lores— sólo una ley del Parlamento puede modificarla. En Estados Unidos es bastante más flexible. La Corte Suprema ha cambiado sus precedentes en varias oportunidades y los propios jueces lo hacen. Hay varias excepciones que incluyen modificación sustancial de las circunstancias de hecho que originaron el precedente, demostrada inefectividad de la regla, etc. De todas maneras, la doctrina del *stare decisis* sigue funcionando, como regla general, como herramienta eficaz para mantener coherencia y previsibilidad en el sistema. Ver al respecto CUETO RUA, *El Common Law*, pp. 90-105.

de bebida gaseosa en un supermercado y explotó en su mano al salir del local. Si el juez decide a favor del consumidor habrá creado una regla de derecho, ¿pero cuál? De un caso como el relatado puede esbozarse una regla que diga algo así como que "cuando una persona compra una botella en un supermercado y ésta explota en su mano al salir del establecimiento, tiene derecho a ser indemnizada por la compañía embotelladora." No es menor el detalle con que se enuncia la regla. El juez no está facultado, no tiene el poder, para enunciar una regla mucho más general tal como "en esta jurisdicción el fabricante responde objetivamente por los daños causados a los consumidores."

Esta idea de que los jueces sólo pueden crear derecho "en la medida de su caso concreto" también ha generado la conocida distinción entre el *holding* y el *obiter dictum* de una sentencia judicial. El *holding* —que es la parte de la sentencia que tendrá fuerza obligatoria como precedente para casos futuros— es, de todo lo expresado por el juez, sólo aquello que era necesario para resolver el conflicto. El *obiter dictum,* por el contrario, es todo argumento jurídico "superfluo," que el juez dio en su sentencia pero que no era indispensable enunciar para resolver el caso ante su tribunal. Sólo el *holding* puede ser tomado como fuente de derecho, como precedente obligatorio. Como ya dijimos, los poderes de los jueces son limitados ya que el *common law* no es sino una obra conjunta de todos los magistrados a través del tiempo. Insistimos: El juez sólo puede contribuir a la formación del derecho en la medida del *holding,* dicho de otro modo, en la medida de los hechos concretos de su caso, todo lo que diga en exceso no será considerado con autoridad de precedente obligatorio.

Finalmente, cabe recordar que ni siquiera es el propio juez que decide un caso el que decide cuál es el *holding* o regla de derecho que sale de su sentencia. Tal como lo ilustramos con el caso de la novela en cadena, son los magistrados que intervengan posteriormente los que van a interpretar qué dijo el juez anterior, incluyendo la decisión de qué es *holding* y *qué* es superfluo y no vinculante. En definitiva, a partir de un caso como el relatado, no puede saltarse a la conclusión rápida de que, por ejemplo, "el derecho de esa jurisdicción reconoce la responsabilidad objetiva del fabricante por productos elaborados." Es que, probablemente, el próximo caso de responsabilidad de un fabricante que se presente a los tribunales, tendrá características de hecho diferentes; y no es tan simple predecir si el fabricante será condenado a responder. El juez siguiente puede encontrar que no es lo mismo una embotelladora que un fabricante de almohadones; que no es lo mismo comprar en un supermercado que comprar en una venta de garaje; que no es lo mismo pagar el producto u obtenerlo prestado; que no es lo mismo que la explosión se produzca antes o después de pagar el producto, y así infinitamente. Esto demuestra dos cuestiones que tienen que ver con las dos funciones que tienen los jueces en el *common law:* Su rol como creadores de normas generales y su papel como juzgadores de casos individuales. Primero, el poco poder relativo que cada

magistrado tiene en la formación del *common law*. De hecho la regla de derecho que aportará como futuro precedente obligatorio es muy concreta y limitada; y, además, no va a ser definida por él en su sentencia sino interpretada por los magistrados siguientes. Por otra parte, y en el polo opuesto, puede advertirse el gran poder que tiene cada magistrado en la decisión de casos particulares. En efecto, aunque el folclore del *common law* enuncia que el juez "sólo" debe cotejar si su caso es "similar" a otros y "aplicar sin más el precedente análogo;" esta tarea no es objetiva ni mecánica. Por el contrario, la búsqueda de la regla de derecho y su aplicación al caso es un proceso intelectual subjetivo, ampliamente discrecional y complejo. Esto puede ser advertido fácilmente. En cada caso que se le presente un magistrado debe, necesariamente: Interpretar y seleccionar los hechos relevantes de su caso y de cada uno de los precedentes que él cree que pueden tener relación con su caso; extraer, de cada precedente, lo que él cree que constituye el *holding* o regla de derecho; y finalmente, dado que no existe un caso totalmente idéntico a otro, determinar si algún precedente puede ser considerado "similar," evaluando si pesan más las diferencias o las similitudes.[16]

De todo lo expuesto, queremos hacer especial referencia a una de las diferencias fundamentales entre ambas tradiciones jurídicas: Cómo se piensa y se discute el derecho. Como ya lo adelantamos, a los fines de este trabajo queremos desentrañar cómo funciona realmente la regulación de la responsabilidad del Estado en la Argentina, si lo hace bajo las premisas clásicas del sistema continental, o si se parece más al modo de ver el derecho en un sistema de *common law*. Según lo expusimos, un juez del *common law* crea reglas muy concretas y el conjunto de todas estas reglas va forjando todo el sistema. De esta manera, el abogado del *common law* está acostumbrado a discutir la solución de un caso comparando situaciones fácticas y no abstracciones. Los juristas de la tradición continental, por el contrario, suelen debatir sobre la conveniencia o justicia de reglas generales y abstractas, como si no fuera importante —a la hora de proponer una solución jurídica— quiénes son los sujetos, o cuáles son las circunstancias específicas en que se plantea un reclamo. En realidad, en el mundo del derecho civil, los argumentos y debates jurídicos suelen ser de una generalización escalofriante. En materia de responsabilidad del Estado, por ejemplo, se escriben

[16] Las críticas al mito de que la tarea de los jueces es mecánica, neutral y objetiva (tanto en los sistemas de tradición continental como en los de *common law*) exceden el marco limitado de este trabajo pero no pueden dejar de mencionarse. Tanto los realistas norteamericanos como otros movimientos surgidos en el marco de la tradición continental —como por ejemplo la jurisprudencia de intereses— han dejado al descubierto el gran poder de aquellos que están encargados de aplicar la ley. La tarea de los magistrados es siempre subjetiva y discrecional ya sea para interpretar palabras de una norma escrita o para decidir qué precedente judicial corresponde aplicar. Para un ejemplo de cómo una norma escrita "aparentemente" clara se presta a diferentes interpretaciones ver el caso de la prohibición de ingresar un vehículo en un parque en Lon L. Fuller, *Anatomy of the Law* (1968.) Para el funcionamiento subjetivo de la selección de precedentes ver Cueto Rua, *El Common Law*, pp. 107-116 y 159-167.

libros enteros sobre si el Estado responde sólo por culpa o en forma objetiva; en qué norma positiva se funda la obligación de indemnizar; si la reparación incluye sólo el daño emergente (valor de la pérdida sufrida) o también el lucro cesante (ganancias dejadas de percibir); si responde solamente por sus actos positivos o también por omisión, etc. Y se asume que estas discusiones son válidas porque es posible llegar a una respuesta única para todos los casos que se presenten. Es criticable, sin duda, que se debata en forma tan general y abstracta. Pero no es sorprendente: Basta recordar los orígenes de la tradición continental y su ideología subyacente. En el apartado siguiente trataremos de demostrar que ni los jueces ni los abogados razonan del modo señalado. Creemos que, especialmente por la falta de legislación específica en la materia, la responsabilidad Estado funciona en un modo muy parecido al descripto para los sistemas de *common law*. Veremos, sin embargo, que los doctrinarios siguen libros sobre discusiones abstractas y generales en la materia y que abogados y jueces siguen "adornando" sus escritos y sentencias con premisas generales de las que supuestamente sus soluciones "derivan lógica y necesariamente."

III. *Funcionamiento del sistema argentino. El caso del Derecho Público y la evolución de las reglas sobre Responsabilidad del Estado*

El sistema argentino, como ya adelantáramos, suele ser clasificado dentro de la tradición civilista o continental pero no siempre funciona de acuerdo a sus premisas básicas. En efecto, sostuvimos, el derecho público no suele responder a estos parámetros civilistas y el caso de la responsabilidad del Estado es un ejemplo paradigmático de ello.[17] Por empezar, se trata de una materia que no ha sido regulada por leyes específicas, con lo cual resulta imposible abordar su conocimiento estudiando normas generales y abstractas. Cabe señalar que toda la construcción jurídica elaborada en torno a la responsabilidad estatal proviene de una elaboración jurisprudencial. Fuera de art. 1112 del Código Civil[18] —que trata la responsabilidad de los funcionarios públicos— no existe legislación que se ocupe del problema. Ello prueba, claramente, que el estudio de la responsa-

[17] Esta materia es tal vez el ejemplo más paradigmático en el derecho argentino. Existen otros casos importantes de creaciones pretorianas, como el amparo, que sin ley alguna nació por creación de la Corte Suprema en el año 1957. Sin embargo, allí la comunidad jurídica argentina se portó como era de esperar de juristas formados en la tradición civilista. ¿Qué ocurrió? Después de muchas presiones y discusiones se dictó una norma escrita que regulaba el amparo. Por supuesto, esto dio por tierra con la flexibilidad con la que los jueces habían manejado el instituto hasta ese momento. En materia de responsabilidad del Estado todavía no se ha dictado norma positiva específica sobre la materia.

[18] Art. 1112 Código Civil: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.

bilidad el estado es, en buena medida, el estudio de los precedentes que la han ido construyendo.[19]

Ahora bien, ¿qué es lo más interesante de esta situación? Que, en lo que hace a la responsabilidad del Estado, tanto jueces como abogados piensan y actúan en modo similar a sus colegas del *common law*: Interpretan los hechos de su caso; eligen los precedentes anteriores que podrían tener relación con la cuestión debatida; tratan de extraer alguna regla de derecho de las sentencias anteriores en forma inductiva; y, finalmente, intentan predecir o determinar qué regla de qué precedentes será útil para resolver su propio caso. Básicamente, un abogado responsable no se atrevería a predecir, argumentar o aconsejar sobre un caso de responsabilidad del Estado sin conocer la jurisprudencia en la materia. Un juez, al sentenciar, tampoco lo hace. Sin embargo, y esto es lo curioso, ni los jueces ni los abogados argentinos se atreven a utilizar argumentos o razonamientos del estilo *common law*. Los razonamientos de los escritos profesionales y de las sentencias judiciales siempre parten y se centran en alguna norma positiva escrita. Esta norma puede ser una ley prevista para otra situación, pero "aplicable al caso por analogía;" o una previsión constitucional, que probablemente es vaga y genérica y no se refiere al tema en debate, pero sirve —aún de modo remoto— para alegar que la solución propuesta "deriva necesaria y lógicamente" de una norma positiva. Es cierto, de todos modos, que jueces y abogados hacen constante referencia a casos precedentes; pero lo hacen con una concepción continentalista, algo así como "a mayor abundamiento," con la aclaración de que no es una fuente de derecho obligatoria, sino que sirve para "reforzar" una u otra posición. No es sorprendente, entonces, que el primer fallo de la Corte Suprema de Justicia que reconoció la responsabilidad del Estado haya sufrido ataques centrados en la falta de fundamentación legislativa de la decisión.

Hasta el año 1933la regla de derecho vigente en la Argentina era el principio de irresponsabilidad estatal. El artículo 100[20] de la Constitución Nacional era interpretado en el sentido de que el Estado Nacional era indemandable e irresponsable, dado que dicha norma sólo autorizaba la intervención de la Nación en juicios cuando actuaba como parte actora, es decir, cuando ella iniciaba la acción. Así, puede verse, por ejemplo, en la causa *Seste y Seguich c. Gobierno Nacional*, decidida por la Corte Suprema en el año 1864.[21] En aquel caso, los actores (personeros de guardias nacionales) solicitaron una indemnización por el mayor tiempo que habían servido en exceso del contrato que tenían con la Nación. El tribunal entendió que el Estado no podía ser llevado a juicio sin su consentimiento y que

[19] Bianchi, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado," *LL*, 1996-A, 922. (Sección Doctrina.)

[20] Art. 100 CN (hoy art. 116) "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen [...] de los asuntos en que la Nación sea parte."

[21] *Fallos*, 1: 317.

el art. 100 de la Constitución sólo aludía a los casos en que la Nación era parte demandante. Sostuvo que "es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste no puede ser arrastrado ante tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder por sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales, y tiene por garantía su buena fe."

Con el tiempo, la idea de la irresponsabilidad absoluta del Estado fue siendo morigerada por la jurisprudencia y, posteriormente, por el dictado de leyes relativas a la forma en que el Estado podía ser llevado a juicio. En primer lugar, la jurisprudencia admitió que el Estado Nacional podía ser demandado, pero debía existir la autorización expresa del Congreso, mediante ley formal para cada caso. Es lo que se llamó la venia legislativa previa. Posteriormente, en el año 1900, la ley 3952 de Demandas contra la Nación (Adla, 1889-1919, 490) facultó en forma general el accionar contra el Estado Nacional (ya no se necesitaba una "ley formal" para cada caso concreto) estableciendo una serie de requisitos procesales.[22] Según esta norma y el principio de la doble personalidad del Estado,[23] éste sólo podía ser demandado cuando actuaba en calidad de persona de derecho privado, es decir, cuando actuaba como un particular. A esta situación, había que sumarle que la sentencia que se dictara condenando a la Nación tenía carácter meramente declarativo, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretendía. Recién en 1932, con la ley 11.634 (Adla, 1889-1919, 490), se puso fin al principio de la doble personalidad del Estado en relación a su demandabilidad, es decir, el Estado podía ser demandado tanto cuando actuaba como "persona de derecho privado" como cuando lo hacía como "persona de derecho público."

Ahora bien, aún reconociendo la posibilidad de demandar al Estado ante los tribunales, el problema central radicaba en que no existía norma expresa que determinara en qué casos y con qué alcance el Estado debía responder ante los particulares. La jurisprudencia nunca había responsabilizado al Estado y no había tampoco normas legislativas que regularan la cuestión. En tales condiciones, algunos abogados intentaron acudir a las normas de responsabilidad de los particulares que encontraban en el Código Civil. Consideraban que estas normas podían ser aplicadas al Estado Nacional "por analogía."

Esta propuesta, sin embargo, fue rechazada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que si bien consideraba posible aplicar el Código Civil por analogía,

[22] Art. 1º "Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste."

[23] Para esta teoría el Estado actuaba como dos personas diferentes: Como persona de derecho público, aplicándose a dicho accionar las normas y principios propios de este derecho, y como persona de derecho privado, es decir, como si fuera un particular.

encontraba una valla infranqueable en su art. 43. Este artículo, en su antigua redacción,[24] impedía iniciar acciones de daños y perjuicios contra personas jurídicas; y el Estado Nacional, claramente, era una de ellas. Este fue, precisamente, el argumento dado en forma sistemática por la Corte Suprema para continuar perpetuando el principio de la irresponsabilidad estatal. Por ejemplo, en *Escalada c. Municipalidad de la Capital,* el Alto Tribunal señaló que "la acción de daños y perjuicios deducida por Escalada no es procedente en el presente caso; pues el art. 43 del Cód. Civil, dispone terminantemente, que no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individuales hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas."[25]

Esta situación, en un sistema de tradición civilista como el argentino, se presentaba como una encrucijada sin salida que impedía hacer responsable al Estado. La única posibilidad para revertir el principio de irresponsabilidad estatal parecía el dictado de una ley específica o, al menos, la derogación expresa del art. 43 del Cód. Civil. Sin embargo, en el año 1933 —sin ninguna modificación legislativa de por medio— el derecho argentino fue sustancialmente modificado, el principio de la irresponsabilidad estatal fue dejado sin efecto y comenzó a forjarse un sistema de reglas sobre los presupuestos y alcances de la responsabilidad del Estado.

En la causa *Devoto*,[26] la Corte Suprema realizó un vuelco a su tradicional postura y declaró por primera vez la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional. La pregunta es, sin duda, ¿en qué fuentes de derecho fundó el Alto Tribunal su decisión? En el caso, la actora (Tomás Devoto SACIyF) había demandado al Gobierno Nacional, por los daños ocasionados en su campo como consecuencia del incendio producido por las chispas desprendidas del brasero que utilizaron los empleados de correos mientras realizaban su labor. La Corte sostuvo que el Estado era responsable por el desempeño negligente de sus empleados, independientemente de que los mismos hubieran actuado o no intencionalmente. Agregó, además, que el estrago podría haberse evitado dado que el mismo se produjo como consecuencia de la falta de atención de los empleados estatales. El fundamento jurídico de su decisión fueron los artículos 1109 y 1113 del Código Civil;[27] el primero prevé la responsabilidad por culpa o negligencia, el segundo

[24] Art. 43, Código Civil (anterior redacción): "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas."

[25] *Fallos*, 29: 249.

[26] *Tomás Devoto y Cía. (Sociedad Anónima, Comercial, Industrial y Financiera) c. Gobierno Nacional*, *JA*, t. 43, agosto-octubre/1933, pp. 416-420.

[27] Art. 1109, Código Civil (vigente al momento del fallo): "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil."

Art. 1113, Código Civil (vigente al momento del fallo): "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado."

prevé la responsabilidad del principal por su dependiente, es decir, que no sólo el autor de un hecho ilícito responde por los perjuicios provocados sino que dicha responsabilidad se extiende a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño. En este caso, el Estado debía responder en su carácter de principal de los trabajadores de correos, que habían actuado con clara negligencia.

Tal como sostiene REIRIZ,[28] el fallo no deja de crear una regla de derecho en forma pretoriana aunque mencione dos preceptos legales (arts. 1109 y 1113, Cód. Civil), ya que no se explica como dichas normas se adecuan a la situación considerada y menos aún, cómo hizo la Corte para no aplicar el art. 43 del Cód. Civil que antes impedía fallar de la manera en que lo hacía ahora. Es curioso que la Corte no haya hecho referencia alguna a la "valla" del art. 43 que, expresamente, impedía responsabilizar a las personas jurídicas y que había sido el principal argumento de la jurisprudencia del Tribunal para desechar todas las demandas por responsabilidad contra el Estado Nacional. En igual sentido, BIELSA,[29] al comentar el fallo bajo análisis, sostuvo que los principios del Código Civil eran inaplicables e ineficientes respecto del Estado Nacional, y que no podía considerarse legalmente responsable obrando como poder público, a menos que una ley *especialmente* así lo estableciera. BIELSA, como REIRIZ, ponen de resalto que, sin perjuicio de que la Corte dijo aplicar normas legislativas vigentes, la definición del tema fue puramente jurisprudencial y poco tuvo que ver con las previsiones legislativas citadas.

Por su parte, la Corte siguió avanzando y extendiendo pretorianamente los limites de la responsabilidad del Estado. En el año 1938, reconoció la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por la expedición defectuosa de un certificado del Registro de la Propiedad en virtud del cual se realizó una operación de compraventa que produjo daños al adquirente. Una vez más, el Alto Tribunal jugó con normas del Código Civil, que siempre habían existido, pero no había aplicado. Esta vez, con el claro objetivo de ampliar los casos en que se responsabilizaba al Estado Nacional, la Corte dejó de lado el artículo 1109 (invocado en *Devoto*), que había servido para responsabilizar al Estado por un hecho cometido por sus empleados con clara negligencia. Esta vez, la culpa de los funcionarios no era tan evidente, el 1109 no hubiera servido para justificar la responsabilidad provincial en este caso. La Corte, no casualmente, introdujo por primera vez el argumento del art. 1112 del CC que establece que: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título." Así estableció que *quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para*

[28] REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, Cap. IV, pp. 83-99.

[29] BIELSA, RAFAEL, "Responsabilidad del Estado como poder administrador," *JA*, 43-416/420.

llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que ocasionare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del Código Civil) agregando luego que haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habrá por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño que se trata, siendo así de aplicación el caso de los artículos 1112 y 1113 del Código Civil,[30] En este caso puede verse cómo la Corte utiliza los artículos del Código Civil en forma arbitraria, como meras herramientas para fundamentar *a posteriori* una decisión ya tomada. El artículo 1112 nunca había sido utilizado para fundar la responsabilidad del Estado porque, claramente, se refiere a los funcionarios públicos. Esta vez, la Corte lo eligió y lo aplicó. ¿Por qué? Porque seguramente era más simple responsabilizar a la Provincia por incumplimiento de un servicio (y encajar el caso en la letra del artículo 1112) que por culpa de sus funcionarios que, en este caso puntual, hubiera sido bastante difícil de demostrar. (Y que es lo que exige el artículo 1109, fuente legislativa utilizada en *Devoto*.)

Pero fue el fallo *Vadel*[31] el que marcó el hito en la jurisprudencia de la Corte y dejó claro que había una regla nueva en materia de responsabilidad del Estado: Ya no era necesaria la culpa, la responsabilidad era objetiva. En *Vadel,* se trataba nuevamente de los perjuicios derivados del funcionamiento defectuoso e irregular del Registro de la Propiedad. La Corte sostuvo que "no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas." A partir de *Vadel*, quedó claro que ya no era necesario acreditar la culpa del agente ni tampoco individualizar al autor del daño; bastaba con acreditar el cumplimiento defectuoso o irregular del servicio para atribuir la responsabilidad.

Nótese, insistimos, que hasta el momento no existió creación legislativa alguna y se fueron eligiendo, sin mucho criterio lógico, diversas normas propias del derecho civil que el tribunal consideraba aplicables por analogía. Por ello, el comentario que realizó Bielsa al fallo *Devoto*,[32] preocupado por la creación de derecho por los jueces, siguió teniendo vigencia. De hecho, no fue Bielsa el único preocupado al respecto. Con el tiempo la doctrina aceptó la jurisprudencia de la Corte como válida y valiosa: Ya no era sostenible que el Estado no fuera responsable por los perjuicios que provocara a los particulares. Sin embargo, los autores no pudieron deshacerse de sus preconcepciones civilistas y en raros casos asumían que la regulación de la responsabilidad del Estado era puramente pretoriana. Así

[30] *FF CC Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires*, *Fallos*, 182: 5.
[31] *Fallos*, 306: 2030.
[32] *JA*, 43-416/420.

que fueron varios los intentos para demostrar que la responsabilidad del Estado derivaba "lógica y necesariamente" de normas escritas. La inventiva fue amplia: Desde teorías que intentaban aplicar las normas del Código Civil (utilizadas en los fallos antes comentados) hasta las que se basaban en normas de derecho público. A manera de breve síntesis pasaremos a explicar cada una de ellas.

Dentro de las teorías "analógicas," MARIENHOFF señalaba que existían dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil: *Una consiste en recurrir a la analogía o los principios generales del derecho, la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y; por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo. En este último caso no se trata de una integración de normas, sino de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto pertenecen a la llamada parte general del derecho.*[33] Por su parte, tanto REIRIZ como GORDILLO sostenían la aplicación de las normas del Derecho Civil al Derecho Administrativo a través del procedimiento de la analogía, que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del Derecho Público. Es decir, cuando se aplica una norma del Derecho Civil se la integra con los principios y normas del Derecho Administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar. Ya está transformada para su aplicación.[34]

No es difícil ver que, en todos los casos, seguimos sin tener, en los términos de BIELSA, una ley expresa sobre responsabilidad del Estado. No debemos olvidar que, aunque se apliquen normas del Código Civil por analogía, no puede negarse que la obligación del Estado no surge de la voluntad del legislador: No es posible saber si el legislador hubiera querido aplicar similares soluciones a los particulares que al Estado.

Por otra parte, se fueron forjando las teorías basadas en principios propios del Derecho Público, concretamente en diferentes normas constitucionales. REIRIZ sostiene que la Constitución Nacional permite fundar la responsabilidad del Estado en los siguientes principios:

- El de la igualdad ante las cargas públicas, lo que exige la reparación de los sacrificios especiales mediante una indemnización que, estando a cargo del Es-

[33] MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, t. 1, pp. 107-171.

[34] REIRIZ, (obra colectiva), *El derecho administrativo argentino, hoy*, (Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff) Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1196, pp. 220-229.

tado, generalice el sacrificio especial exigido al damnificado; ello por aplicación de los arts. 4[35] y 16[36] in fine de la Constitución Nacional;

- la garantía del derecho de la propiedad, establecida en el art. 17,[37] interpretada en sentido amplio, es uno de los fundamentos más utilizados —junto con el anterior— en la jurisprudencia de la Corte Suprema; y

- el respeto de los derechos adquiridos, ya que los derechos individuales reconocidos en los arts. 14 a 20[38] constituyen derechos adquiridos de los particulares en sus relaciones con el Estado y, por el art. 28,[39] el Estado no puede alterarlos, so pretexto de reglamentarios.

Estas diferentes teorías que toman como fundamento normas constitucionales, fueron utilizadas por el Máximo Tribunal en numerosos fallos. Sin embargo, nuevamente nos encontramos ante un vacío legislativo en lo concerniente a la responsabilidad del Estado. Si bien es cierto, que estas normas constitucionales pueden servir de base para justificar la responsabilidad, también es cierto, que su vaguedad y amplitud dan un margen demasiado extenso a la valoración que realice el tribunal que las aplique, que se parece bastante a la creación jurisprudencial.

En este punto, nos detendremos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina sobre la responsabilidad del Estado por actividad lícita, para poder dejar al descubierto, que también en la aplicación de las teorías basadas en normas de derecho público, se está "forzando" su aplicación de manera similar a lo que ocurre con las teorías "analógicas."

[35] CN Art. 4: "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta y locación de tierras de propiedad nacional, de renta de correos, de las demás 'contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso Nacional', de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional." (El énfasis con comillas simples nos pertenece.)

[36] CN Art. 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."

[37] CN Art. 17: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autos o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie."

[38] Los derechos a los que aludimos, son los consagrados por la Constitución Nacional, a saber: Derechos civiles (art. 14); derechos sociales (art. 14bis); abolición de la esclavitud (art. 15); igualdad personal e impositiva (art. 16); derecho de la propiedad, expropiación, servicios personales, propiedad intelectual y confiscación de bienes (art. 17); seguridad y garantías individuales (art. 18); privacidad y libertad civil (art. 19); y, derechos de los extranjeros, naturalización. (Art. 20.)

[39] CN Art. 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio."

Para ejemplificar, nos circunscribiremos a una cuestión paradigmática en esta materia: La extensión de la indemnización en los casos en que el Estado responde por su actividad lícita. Concretamente, la disyuntiva es la siguiente: ¿Cuando el Estado responde por su actividad lícita, debe indemnizar solamente el daño emergente (esto es, el valor de la pérdida efectivamente sufrida en el patrimonio del particular) o también se le puede exigir que repare el llamado lucro cesante (esto es, las ganancias dejadas de percibir)?

La Corte Suprema de Justicia en la causa *Corporación Inversora Los Pinos SA c. Municipalidad de Buenos Aires*[40] del 22-XII-1975, al tratar la demanda iniciada por la actora que reclamaba daños y perjuicios y lucro cesante por la revocación del permiso que poseía para explotar, como albergue por horas, un hotel alojamiento, sostuvo que la legitimidad del obrar administrativo (al referirse a la legitimidad de revocar el permiso para funcionar) no impedía el derecho de la actora a reclamar indemnización por el agravio sufrido, por cuanto dicha indemnización no era la consecuencia del obrar ilegítimo, sino que tenía por objeto tutelar la incolumidad del patrimonio lesionado de la actora al dejar sin efecto la autorización de la que era beneficiaria, en base a la garantía de protección de la propiedad que consagra el art. 17 de la Constitución Nacional.

Agregó luego que, el sacrificio impuesto en forma particular a la accionante en beneficio de la comunidad no debía ser soportado únicamente por ella; lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas. Sin embargo, entendió que si el sacrificio de los intereses particulares se hace en el interés público, sin que paralelamente el patrimonio de la administración se vea acrecentado, el resarcimiento debe limitarse a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que todo acto revocado sería mantenido (daño emergente), pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada. (Lucro cesante.)

Es decir, con fundamento en el derecho de propiedad (art. 17 CN) y en el derecho a la igualdad ante la ley y las cargas públicas (art. 16 CN) la Corte Suprema reconoció que el Estado era responsable por su actividad lícita pero *que la actora sólo tenia derecho a una indemnización por el daño emergente sufrido pero no así por el lucro cesante.*

Pocos años más tarde, el Máximo Tribunal reitera su criterio en la causa *Cantón.*[41] En dicha causa se planteó la nulidad de un decreto que había prohibido la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional. El actor solicitó además indemnización por daños y perjuicios sufridos, dado que el decreto aludido afectaba un contrato de crédito documentado ya pagado antes de su dictado y una operación de crédito internacional. La Corte entendió que la actividad lícita del Estado puede

[40] *Fallos*, 293: 617.
[41] *Cantón Mario Elbio c. Gobierno Nacional*, 15-V-79, *Fallos*, 301: 403.

ser causante de daños a los particulares y generar responsabilidad pero que la facultad estatal de imponer límites al nacimiento o extinción de derechos, no autorizaba a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado originaba el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio para restaurar la garantía constitucional vulnerada. (Art. 17 CN.) Con relación al reclamo económico, sostuvo que al no existir norma expresa sobra la materia, correspondía aplicar instituciones análogas (cita para ello el art. 16, Cód. Civil), entendiendo que la expropiación es la que guardaba mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. *Concluye, finalmente, que el resarcimiento debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial, por lo que debía extenderse a todos los gastos hechos (daño emergente) con exclusión de las ganancias que podría haber obtenido de la reventa y de todo lucro cesante originado por tal motivo.*

Aún a falta de regulación legislativa, los precedentes de la Corte parecían sentar un criterio en cuanto al alcance de la indemnización en casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Sin embargo, en un sistema como el argentino en el que no rige la obligatoriedad del precedente y tampoco existe siquiera una costumbre jurídica de la propia Corte Suprema de respetar sus propios fallos, no podía asegurarse que los próximos casos serían decididos de la misma forma.

De hecho, en 1984, sin criterio objetivo aparente que lograra explicarlo, la Corte modificó radicalmente su postura. Fue en el fallo *Sánchez Granel*[42] en el que el Tribunal reconoció la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) por responsabilidad lícita del Estado. Lo criticable: La Corte utilizó los mismos fundamentos constitucionales pero no explicó qué diferenciaba un caso de otro; simplemente decidió en forma contraria.

El caso se había planteado como consecuencia de la extinción en forma unilateral por parte de la Administración Pública de un contrato de obra pública (por la construcción de un tramo de carretera) celebrado con la actora, antes de que comenzara la ejecución de la obra. Para decidir como lo hizo, la Corte sostuvo que regía en el caso el principio de integridad de la indemnización y que la responsabilidad del Estado por actividad lícita otorgaba el derecho a una indemnización plena. (Salvo casos de fuerza mayor o que una norma expresamente disponga lo contrario.) Entendió que el art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos (que regula la revocación del acto regular por razones de oportunidad, mérito o

[42] *Sánchez Granel Eduardo, Obras de Ingeniería SA c. Dirección Nacional de Vialidad*, 20-IX-84, *ED* 111: 550.

conveniencia) no se oponía a tal solución, pues al no aclarar el alcance de la indemnización, funda la concesión del lucro cesante, no su prohibición. Finalmente, aclaró que no procedía la aplicación analógica de la ley de expropiaciones (que veda la concesión del lucro cesante) porque tal instituto supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio, situación que no se daba en el caso.

La decisión en *Sánchez Granel* debe llamar a la reflexión. Si la Corte realmente derivara sus soluciones de las normas legislativas y constitucionales vigentes: ¿Qué cambió en este caso? ¿Acaso no regían similares normas en los casos previos? ¿Es que hay alguna diferencia fáctica relevante que hace que las normas constitucionales se interpreten de un modo para *Cantón* y de otro para *Sánchez Granel*? Sin duda, los hechos de los casos difieren, pero la Corte no lo ha explicado. Las normas constitucionales y legislativas invocadas tampoco parecen dar la respuesta. Su amplitud y vaguedad nos demuestran, una vez más, que son herramientas utilizadas *a posteriori* para fundamentar una solución a la que se llegó por alguna otra regla de derecho que no fue explicitada por los jueces.

La crítica a *Sánchez Granel* no es exagerada porque lo que podría haber sido un nuevo criterio de la Corte tampoco fue mantenido. Esto preocupa aún más y nos hace reflexionar acerca de la vigencia del *rule of law:* ¿Acaso los jueces están juzgando de acuerdo a normas preestablecidas y en cierto modo previsibles? ¿O en esta materia no rige el principio de legalidad, premisa básica de Estado de Derecho?

La respuesta, lamentablemente, parece ser negativa. Cinco años más tarde, el Alto Tribunal modificó nuevamente la jurisprudencia sentada en *Sánchez Granel. Fue con el caso* Motor Once[43] *que volvió a sostener que la indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la actividad ilícita del Estado solo comprendía el daño emergente.*

La actora, propietaria de una estación de servicio y del edificio construido sobre ella y que funcionaba con autorización municipal, planteó la nulidad de una ordenanza que al modificar las disposiciones sobre seguridad en incendios, prohibía destinar a vivienda las construcciones de la planta alta de estaciones de servicio. Por tal motivo se había prohibido la venta de expendio de nafta en la estación de servicio de la accionante. La Corte se remitió a los fundamentos de la Procuradora Fiscal. Esta sostuvo que ante la ausencia de normas expresas que establecieran los rubros a indemnizar, se debía recurrir a los principios de leyes análogas. En tal sentido, las normas que fijaban pautas indemnizatorias y que guardaban mayor analogía con la situación discutida, era la ley de expropiaciones. Dicha ley, fundamentan, debe ser tomada como la ley típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público lo exigiera. Por ello ese sacrificio especial debía ser compensado, a través

[43] *Motor Once SA c. Municipalidad de Buenos Aires*, 09-V-89, *LL*, 1989-D, 24.

de la indemnización propia del instituto análogo de la expropiación, para que se produzca la generalización del sacrificio especial que ha pasado en pugna con la equidad. Al hacer alusión al art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos (ya citada en *Sánchez Granel* pero interpretada en forma totalmente opuesta), argumentan que el alcance de la indemnización allí prevista, se limita a afirmar que los perjuicios ocasionados deben indemnizarse, sin precisar los alcances del resarcimiento debido. *Sin explicar por qué se apartan de la interpretación dada en S*ánchez Granel *al art. 18 de la LPA y* a *la ley de expropiaciones, resuelven indemnizar sólo el daño emergente.*

Insistimos, una vez más, sobre el mismo punto: La legislación vigente era la misma en todos los casos reseñados. La jurisprudencia de la Corte elige algunas normas, desecha otras, las interpreta en forma opuesta... A veces se funda en los mismos artículos amplios y vagos de la Carta Magna, pero los valora en forma diferente. En estas condiciones es casi imposible predecir cuál es el criterio del Máximo Tribunal para aplicar una u otra norma, uno u otro precedente en los casos que se le vayan presentando.

Para añadir argumentos a nuestra preocupación, señalemos que, en el año 1989, en el fallo Juncalán,[44] *la Corte volvió a reconocer la indemnización plena a la demandante por los daños sufridos por la actividad lícita del Estado.*

La actora accionó por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, como consecuencia de los perjuicios sufridos por las tareas de realizadas por la Dirección de Hidráulica Provincial que, con el fin de encauzar el Río Quinto, inundó casi la totalidad su establecimiento. La Corte reconoció, una vez más, que el obrar lícito del Estado no impedía su responsabilidad, en tanto que con tales obras privó a un tercero de su propiedad. Ante tal situación, no podía limitar el resarcimiento al daño emergente con exclusión del lucro cesante. *Recordó lo sostenido en* Sánchez Granel *en cuanto que el principio de indemnización plena sólo encuentra obstáculo en situaciones de fuerza mayor o cuando una norma expresamente lo establezca.* Remarcó que ninguna de estas situaciones se configuraba en el caso, y que tampoco cabía omitir la reparación mediante la pretendida aplicación analógica de la ley de expropiaciones, dado que no puede extenderse una norma legal que excluye resarcimiento pleno a supuestos diversos. Ello así, por cuanto la expropiación presupone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso valorativas de la utilidad pública del objeto de desapropio, y en segundo término, porque la aplicación analógica no parece hermenéutica apropiada cuando el término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción, frente al principio general del resarcimiento integral.

[44] *Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c. Provincia de Buenos Aires*, del 23-XI-89, *Fallos*, 312: 2266.

Ahora bien, de los precedentes analizados, surge que en diferentes casos, se otorgaron diferentes rubros indemnizatorios. En algunos (*Sánchez Granel*, *Juncalán*) se "argumentó" el principio de la indemnización plena y la no aplicación de la ley de expropiaciones. Sin embargo, en los otros, no existió ningún tipo de impedimento "legal" e "interpretativo" para aplicarla. El problema que se suscita es que en un sistema jurídico como el argentino, en el que no existe la obligatoriedad del precedente judicial, en temas en los que no existe norma legal alguna, el principio del *rule of law* sólo rige en la teoría pero, en los hechos, lo único que encuentra el justiciable en su camino es inseguridad jurídica.

IV. *Problemas relativos a la regulación jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado. La obligatoriedad de los precedentes. La Corte Suprema, la seguridad jurídica y el respeto del* rule of law

Hemos visto que el estudio de la responsabilidad del Estado en la Argentina implica, necesariamente, el estudio de los casos judiciales concretos que fueron moldeando la materia. Y que, simplemente, no es posible razonar, argumentar y decidir casos de responsabilidad estatal a partir de normas generales escritas. Ya explicamos cómo en la Argentina, al enfrentarse a un tema de responsabilidad del Estado, los abogados y jueces razonan, argumentan y deciden "en modo *common law*." Lo curioso es, sin embargo, que no lo hacen explícitamente. En sus escritos profesionales y en sus sentencias judiciales, los abogados y magistrados continúan argumentando en base a normas positivas, como si esas normas fueran la fuente de la cual natural y lógicamente derivan las soluciones que proponen. El primer objetivo de este trabajo fue desenmascarar esa distorsión y dejar al descubierto que las reglas de derecho sobre responsabilidad estatal no surgen de leyes sino de casos judiciales.

¿Por qué nos propusimos esa meta? Porque el mito de que las soluciones en materia de responsabilidad del Estado "derivan lógica y necesariamente" de normas escritas positivas es un importante obstáculo para lograr coherencia y previsibilidad en la materia. Recordemos que la previsibilidad y certeza son dos valores que tanto los sistemas de corte continental como los de *common law* pretenden lograr y preservar. El objetivo, sin embargo, se logra en ambas tradiciones jurídicas de modo diferente. En la tradición continental, el modo de garantizar certeza y previsibilidad es la existencia de la ley como fuente de derecho superior y prácticamente exclusiva.[45] Como ya explicamos, se parte de la idea de que una autoridad única —el legislador— puede diseñar un sistema autosuficiente y omnicomprensivo. Se asume que cualquier caso que se presente ante un tribunal puede ser resuelto mediante un razonamiento deductivo a partir de esas reglas

[45] Los sistemas civilistas suelen reconocer otras fuentes de derecho como la costumbre o la jurisprudencia pero siempre subordinadas a la ley. Ver MERRYMAN, *Sistemas Legales en América Latina y Europa*, FCE, 1995, pp. 47-59.

generales. Se supone, también, que la aplicación de esas reglas generales va a ser una tarea mecánica y objetiva y que los jueces, meros aplicadores, no tienen poder para modificarlas. A partir de ese mito, se concluye que la existencia de un sistema legislativo claro y sin lagunas asegura efectivamente la previsibilidad y certeza en el derecho. En el *common law,* es la regla del *stare decisis* la que tiene como función asegurar previsibilidad y coherencia en el sistema. Esto supone, una vez más, que la tarea de los jueces de determinar qué caso es similar a otro es una tarea neutral y mecánica, y que el mandato de no apartarse de precedentes anteriores será suficiente para poder prever la solución en cada caso nuevo que se presente.

Es cierto, como mencionamos anteriormente en este trabajo, que la tarea de los jueces no es objetiva ni mecánica, y que lo que acabamos de describir sucintamente es sólo el folclore, el "deber ser," de cada una de las tradiciones jurídicas. Sin embargo, en algún punto, tanto la existencia de leyes escritas como la obligatoriedad del precedente son herramientas eficaces para garantizar un cierto grado de certeza en el sistema. En otras palabras, no garantizan una única solución previsible para cada caso pero aseguran un cierto grado de previsibilidad dentro de un rango de soluciones posibles.[46]

Ahora bien, ¿qué ocurre si una materia determinada no está regulada por leyes escritas, sus reglas son fijadas por sentencias judiciales y no rige la doctrina del *stare decisis*? Esto es lo que ocurre en la Argentina con el tema de la responsabilidad del Estado. Ya explicamos que no existe legislación específica en la materia y que en el derecho argentino los precedentes no son fuente de derecho obligatoria.[47] Más aún, ni siquiera los fallos de la Corte Suprema de Justicia son vinculantes para los tribunales inferiores.

Debemos aclarar, en este punto, que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias sostienen que los tribunales inferiores están "en cierta forma" obligados a adecuar sus decisiones a los precedentes de la Corte Suprema. Pero esta "obligación" no surge de la Constitución ni de la ley.[48] Los motivos para sostener

[46] Aquí vale la pena mencionar que las críticas al formalismo mencionadas en la nota 15 no significan que la tarea judicial sea totalmente impredecible o caprichosa. Negar que las palabras de una ley —más allá de su vaguedad o ambigüedad— o la existencia de precedentes —más allá de la discrecionalidad para seleccionar el aplicable— limitan en cierta forma la cantidad de interpretaciones razonables es, sin duda, de un escepticismo exagerado. En otras palabras, RONALD DWORKIN, criticando precisamente el escepticismo extremo de algunos realistas, aduce que una decisión judicial no es "simplemente una cuestión de qué es lo que cada juez cree mejor o dependiente de qué desayunó el magistrado esa mañana." La tarea es discrecional y subjetiva, sin duda, pero no es caprichosa, arbitraria y totalmente impredecible. (Ver DWORKIN, RONALD, "Law As Interpretation," 60 Tex. L. Rev. 527, p. 20.)

[47] Con la excepción establecida por ley de los denominados "fallos plenarios." La primera es el caso de los fallos plenarios dictados por las Cámaras de Apelaciones en virtud el art. 302 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, que son obligatorios para la misma Cámara y para los jueces inferiores.

[48] Salvo el caso puntual del artículo 19 de la ley 24.463 (Adla, LV-C, 2913), que prevé la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema en materia de Seguridad Social.

esta postura suelen tener que ver con la seguridad jurídica, el prestigio y el rol institucional del Alto Tribunal y la necesidad de evitar el "escándalo jurídico" que produciría la coexistencia de fallos contradictorios.[49] De todos modos, creemos que esto *no equivale* a decir que los fallos de la Corte Suprema son vinculantes para los tribunales inferiores. No cabe soslayar que los motivos que se alegan para fundar la obligatoriedad de los precedentes del Alto Tribunal son más que nada "morales" o "institucionales." Si tenemos en cuenta esto, entenderemos por qué, cuando la propia Corte no respeta su línea de precedentes y demuestra criterios oscilantes e imprevisibles, los jueces inferiores ya no encuentran motivos suficientes para atenerse a la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Esta situación hace que nos preguntemos cómo se garantizan la certeza y la previsibilidad en una materia como la responsabilidad del Estado, que no está legislada y cuya regulación fue puramente elaborada por vía jurisprudencial. Imaginemos que el Estado revoca la autorización que había otorgado a un propietario X para utilizar su inmueble como discoteca y que lo hace "por razones de interés público," esto es, en términos del derecho argentino, un caso de "responsabilidad del Estado por actividad lícita." Una cuestión a resolver puede ser si el Estado debe indemnizar al afectado en forma integral o puede pagarle sólo parte de los perjuicios sufridos. Ahora bien, imaginemos que el afectado, su abogado o el juez que debe resolver el caso quieren saber cuál es la regla de derecho aplicable. Como dijimos, no pueden acudir a lo que diga una ley, pues no la hay. Deberían entonces, acudir a los precedentes judiciales sobre el punto. Pero, claro, en la Argentina no rige la doctrina del *stare decisis,* por lo que, es muy posible, que los precedentes judiciales no coincidan en la solución aplicable. Tampoco la Corte Suprema está obligada a seguir sus propios precedentes, por lo que puede ocurrir que tampoco exista una línea coherente de precedentes del Alto Tribunal. De hecho, si recordamos los fallos citados como ejemplo en este trabajo, vemos que un caso imaginario como el que planteamos no tiene una solución objetivamente previsible en la Argentina. La Corte Suprema argentina ha sido oscilante respecto al alcance de la reparación que el Estado debe otorgar al particular en supuestos de responsabilidad por actividad lícita. Ha resuelto con criterios diferentes y hasta opuestos en cada ocasión que se le ha presentado y no ha dado explicaciones serias y objetivas de por qué lo hacía.[50]

Lo que ocurre es que en la Argentina la Corte Suprema no se considera obligada por sus propios precedentes y ni siquiera se siente obligada a explicar por qué se aparta de lo decidido por ella en casos anteriores. Esta circunstancia es, probablemente, la mayor fuente de incerteza, imprevisibilidad e inseguridad jurídica. El problema no está en la obligatoriedad de sus fallos para los tribuna-

[49] Ver Sagües, Néstor Pedro, "Eficacia Vinculante o No Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," *ED*, 93-892.

[50] Verlos citados casos en notas 39, 40, 41, 42 y 43.

les inferiores. Como ya dijimos, hay consenso jurisprudencial y doctrinario en cuanto a que los tribunales inferiores deberían respetar los fallos de la Corte Suprema, mayormente, por motivos de economía procesal y seguridad jurídica. Ahora bien, si la propia Corte Suprema no sigue sus propios precedentes, los modifica en lapsos de tiempo ridículamente breves y no da mayores explicaciones de su cambio de criterio, entonces los tribunales inferiores dejan de tener motivos valederos para adecuar sus decisiones los casos previamente decididos por el Alto Tribunal. ¿Qué economía procesal se está preservando, a qué seguridad jurídica se apunta, si el juez de primera instancia sabe que en un mes la Corte Suprema puede cambiar radicalmente su criterio? Esto es, precisamente, lo que ha venido ocurriendo en la Argentina por muchos años. En numerosas oportunidades, la Corte ha realizado cambios radicales en brevísimos lapsos de tiempo sin mayor explicación que frases como "una nueva consideración de las cuestiones que aquí se debaten nos lleva a modificar el criterio sostenido en la causa X" o "ésta Corte en su actual composición considera que no debe atenerse a lo decidido en la causa Y." Los temas van desde el mencionado alcance de la indemnización en casos de responsabilidad del Estado por actividad lícita[51] hasta causas en las que se discutía la criminalización de la tenencia estupefacientes para consumo personal[52] o la constitucionalidad de la misma medida de emergencia económica.[53]

Esta situación ha sido notada y duramente criticada porque, sin duda, afecta la seguridad jurídica, la confianza en las instituciones y la vigencia del Estado de Derecho.[54] Debemos admitir que la inestabilidad y falta de previsibilidad en la jurisprudencia del más Alto Tribunal erosionan la seguridad jurídica de todo el sistema jurídico argentino. Sin embargo, como ya dijimos, en materias legisladas la certeza también se logra —aunque más no sea en un grado simplemente aceptable— por la existencia de normas escritas. La existencia de leyes limita, en alguna medida, el número de interpretaciones razonables que los jueces pueden elaborar. Sin embargo, en materias como la que aquí nos ocupa (cuya regulación es puramente jurisprudencial) y a falta de una doctrina del *stare decisis*, la previsibilidad es prácticamente imposible y los valores de certeza y seguridad jurídica quedan absolutamente olvidados.

[51] Ver los citados casos *Sánchez Granel*, *Motoronce* y *Jucalán*.

[52] Ver causas *Bazterrica* (*Fallos*, 308: 1392; *LL*, 1986-D, 550) y *Montalvo*. (*JA*, 1991-I-244; *LL*, 1991-C, 80.)

[53] Ver fallos *Smith*, *San Luis* y *Bustos* (*LL*, 2002-A, 770; 2003-B, 537; Sup. Especial, octubre 2004) y las duras críticas al cambio de criterio de la Corte en Gordillo, Agustín, "¿Puede la CSJN Restituir la Seguridad Jurídica al País?" y sus citas, *LL*, 2005-A, 905-21.

[54] Ver Garay, Alberto F., "La Corte Suprema Debe Sentirse Obligada a Fallar Conforme sus Propios Precedentes," *JA*, 1991-II-870 y Gordillo, "¿Puede la CSJN...?" y su citas, *op. cit.*

V. *Algunas consideraciones finales*

A la luz de lo expuesto, la actual situación de incertidumbre en materia de responsabilidad del Estado es inaceptable. La falta de seguridad jurídica no sólo es criticable desde un punto de vista de conveniencia o justicia. Los valores de estabilidad, previsibilidad y certeza tienen fundamento constitucional en el sistema argentino.[55] Es que si los habitantes no pueden saber o conocer las reglas a las que se encuentran sometidos, la subordinación del Estado a un orden jurídico preestablecido (premisa básica del Estado de Derecho) sería virtualmente inoperante. Por ese motivo, aun cuando los jueces tengan funciones discrecionales, el Poder Judicial en un Estado de Derecho debe decidir las contiendas conforme a derecho y no de acuerdo al criterio personal de cada magistrado.

Creemos que, sobre todo en materias en las que la regulación ha sido netamente jurisprudencial, la Argentina necesita solucionar el problema de la falta absoluta de seguridad jurídica. Como bien se ha señalado, "sin un mínimo de racionalidad (predecibilidad, regularidad) sería imposible hablar de un orden jurídico [...] La regularidad objetiva, como cosa opuesta a la arbitrariedad subjetiva, es vivida como un valor en sí misma. Esta idea se expresa en la vieja máxima inglesa de que la comunidad debe estar basada en el gobierno de la ley, no sobre el de los hombres. El juez no debe ser como un rey homérico que recibía su *themistes* directamente de Zeus, o como el cadi oriental que extrae su decisión de una sabiduría esotérica. La idea de la supremacía del derecho nos hace reaccionar contra la tendencia de los Estados totalitarios a autorizar al juez a decidir, dejando de lado todas las reglas establecidas, según la «sana conciencia jurídica del pueblo» o «los intereses del proletariado». Vemos en esto una negación de la idea misma del derecho."[56] Es teniendo en cuenta estos principios fundamentales, y especialmente en materias donde ni siquiera existe legislación especifica, que la Corte Suprema debería valerse de su rol institucional para asegurar la previsibilidad mínima necesaria. Para ello, el Alto Tribunal debería, simplemente, "tomarse en serio"[57] sus propios precedentes y tener en cuenta que al apartase de ellos sin motivos serios y objetivos que lo justifiquen está vulnerando una de las premisas básicas del Estado de Derecho.

[55] Ver GARAY, "La Corte Suprema...," *op. cit.*

[56] ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de GENARO R. CARRIÓ, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 273-274. (Citado por GARAY, "La Corte Suprema...," *op. cit.*)

[57] Tomamos esta expresión de GARAY, "La Corte Suprema...," *op. cit.* Allí, GARAY inicia su trabajo con un relato del cual surge que los propios secretarios letrados del Alto Tribunal no creen que los precedentes de la Corte Suprema sean realmente útiles para predecir cómo decidirá el tribunal en casos futuros.

Capítulo XXXI

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y CORRUPCIÓN

Por Agustín García Sanz

Sumario

1. El asesinato y su castigo 626
2. El deslucido rol del empleador 627
3. El deber cumplido 627
4. Conclusiones 631

Capítulo XXXI

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y CORRUPCIÓN[1]

Por Agustín García Sanz

Gordillo nos ha enseñado que los fallos deben ser entendidos a partir de los hechos del caso, de aquello que deciden y del contexto en el que esa decisión ve la luz, más que por los términos en que se justifican.[2] Entiendo que, además de comprender las decisiones judiciales —y cualquier otra— por aquello que resuelven más que por lo que dicen resolver, deben analizarse las señales que dan a los distintos actores que, en el futuro, pueden verse alcanzados por decisiones en las que ese mismo criterio pudiera volver a aplicarse.[3] A veces, este análisis, hecho en perspectiva y a distancia segura de los marcos teóricos abstractos[4] a los que generalizadamente se acude en busca de soluciones, nos depara resultados no del todo alentadores.

[1] Publicado originalmente en *LL*, 2007-F, 353.

[2] Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, Cap. V, "Cómo leer una sentencia."

[3] Son estas señales las que construyen, en países sensatos, la tantas veces declamada y pocas veces conseguida seguridad jurídica. Como dijo Holmes hace más de un siglo, "[p]eople want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts." Ver Holmes (jr.), Oliver W., "The Path of the Law," en Harvard Law Review No. 457, Boston, 1897, disponible on-line en http://www.gutenberg.org/files/2373/2373.txt

[4] Siguiendo al mismo Gordillo en este punto, no puedo perder de vista que "[h]ay quienes hacen cubismo con el derecho —o como un Picasso con su Guernica, un estilo expresionista de profunda austeridad cromática— o dadaísmo o surrealismo —un Dalí pintando relojes doblados—, yo no intentaré hacer tampoco el colorido impresionismo sino que me remontaré más atrás, para tratar de presentar simplemente una naturaleza muerta, como en las pinturas más antiguas de ese estilo pictórico." (Gordillo, Agustín, "La responsabilidad del Estado en la práctica," en *Homenaje a Graciela Reiriz*, en prensa.)

1. *El asesinato y su castigo*

Alfredo María Pochat tuvo una meritoria trayectoria en el ámbito del Poder Judicial como parte del equipo de fiscales federales a cargo de la investigación de delitos financieros y como Secretario de la Fiscalía de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. También se desempeñó en el Banco Central de la República Argentina y en ENCoTeSA, donde tuvo participación en la investigación y posterior acción penal por diversas irregularidades y maniobras ilícitas allí detectadas.

A partir de 1995, Pochat comenzó a trabajar para la Administración Nacional de la Seguridad Social, organismo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, donde también tuvo a su cargo la investigación de casos de corrupción y fraude en el ámbito de las prestaciones previsionales. Fue también el responsable, desde la Gerencia de Investigaciones Especiales, de descubrir el affaire IBM-ANSeS.

Pero esta promisoria carrera culminó el 4 de junio de 1997, cuando fue asesinado por Armando Andreo, esposo de la Directora de la Delegación Mar del Plata de ANSeS, Silvia Albanesi, funcionaria a quien Pochat había denunciado como parte de una organización dedicada al fraude previsional por cifras millonarias y a quien dejaría definitivamente cesante en esas horas.

El asesinato ocurrió a plena luz del día, en las oficinas de ANSeS Mar del Plata. Según dijo el propio Andreo durante el juicio por el que se lo condenaría a 17 años de prisión (condena que hoy cumple en su domicilio), había ido a llevar un certificado médico de su esposa y lo derivaron a hablar con el Gerente de Investigaciones en persona.[5] Andreo encontró a Pochat solo e indefenso. Una vez dentro de la oficina y sin discusión previa que pudiera servir a su defensa de emoción violenta, descerrajó 5 tiros en dirección a su víctima. Tres alcanzaron su objetivo, uno de ellos en la espalda.

Varios testigos en la causa penal dieron cuenta de las amenazas proferidas por el asesino en los días previos al crimen.[6] Todos, sin excepción, lo calificaron como un hombre violento e irascible. Durante el debate oral y público, y delante de los integrantes del tribunal, dijo el asesino nuevamente y sin pudor: "A mí pueden deshacerme, pero si se meten con mi familia, lo van a lamentar."[7] Silvia Albanesi, su esposa, resultó absuelta en la causa por el asesinato. En su defensa, Andreo dijo: "Corrupta puede ser, pero amoral no."[8]

[5] Práctica común de más de un indeseable funcionario de planta permanente la de comunicar la enfermedad justo antes de la aplicación de la medida disciplinaria, ya que ella no puede entrar en vigencia cuando el empleado está gozando de licencia médica.

[6] Según reflejó la prensa, durante el juicio oral testigos indicaron que Andreo habría dicho, en alusión a Pochat, que "[s]i la echan a Silvia, los voy a cagar a tiros." (VIDELA, EDUARDO, "El asesino de Pochat alega que se trató de un arrebato," *Página 12*, 25-VIII-98.)

[7] VIDELA, *op. loc. cit.*

[8] VIDELA, *op. loc. cit.*

2. *El deslucido rol del empleador*

La muerte de Pochat, seguida por la inconclusa investigación de la mafia que intentaba desbaratar,[9] tuvo como respuesta del Poder Ejecutivo el otorgamiento de una pensión graciable.

El 16 de octubre de 1997, el Poder Ejecutivo nacional sustituyó inconstitucionalmente[10] al Congreso en su potestad de asignar este tipo de pensiones para otorgar a la viuda y sus hijos un beneficio a perpetuidad, en el caso de la mujer, y hasta la mayoría de edad, en el caso de los hijos.

El Decreto 1087/97,[11] luego de reconocer merecidamente la trayectoria de Pochat, reconoció también que fue "víctima de un hecho criminal, vinculado con su tarea, encaminada a liberar al Sistema Público de Seguridad Social de focos de corrupción [...] en defensa de trascendentes intereses de la Nación."

Lejos de ser esta pensión la respuesta que el Estado debía a los familiares de Pochat, fue una dádiva genéticamente inconstitucional, de aquellas "que se pueden otorgar graciosamente, sin sujeción a precepto."[12] El Estado debía algo más que reconocimiento;[13] debía y debe todavía reparación.

3. *El deber cumplido*

Como no podía ser de otro modo, la viuda del Dr. Pochat accionó judicialmente en busca de una reparación que, desde el sentido común, no ya desde el Derecho, le es debida por quien perpetró el crimen —aunque difícilmente haya allí patrimonio visible contra el cual accionar— y por quien encomendó la tarea de investigación a su marido, sin garantizar adecuadamente su seguridad física: El Estado.

[9] Según señaló La Nación en aquél momento: "Pochat estaba detrás de maniobras fraudulentas entre importantes empresas dedicadas a la explotación ictícola y empleados de la delegación local del organismo oficial, que habrían otorgado libre deudas previsionales a cambio de dinero. El monto de los retornos habría surgido, en varios de los casos, del diez por ciento del total de la deuda, dinero que se repartía entre funcionarios y algunos empleados de la delegación local, políticos marplatenses, encumbrados gremialistas y funcionarios judiciales." (*La Nación*, 11-VI-97). Al referirse a la condena recibida por Andreo, Moreno Ocampo —con quien Pochat trabajó— dejó flotando la sensación de que no existe, en el nivel oficial, una real intención de llegar hasta el fondo de los eventuales casos de corrupción y fraude como el que investigaba Pochat. (*La Nación*, 8-IX-98.) Al día de hoy, las causas iniciadas por la investigación de Pochat han llegado a juicio oral y público en contadas situaciones y por delitos menores. La conexión entre la sospecha de Moreno Ocampo y los resultados de la investigación obtenidos luego de la muerte de Pochat corre por cuenta de cada uno de nosotros.

[10] El atropello al reparto de funciones establecido en la Constitución se justificó en que "la observancia de los trámites ordinarios para la sanción de la respectiva ley, provocará a los herederos una situación de desamparo que la concesión posterior de la pensión no eliminará ni disminuirá." Cuesta trabajo compatibilizar estas palabras de sentida preocupación con las defensas opuestas por el Estado en juicio. Tal parece que, al calor de los flashes, Jano no muestra la misma cara que en la sombra de los expedientes.

[11] Publicado en el Boletín Oficial el día 26-X-97.

[12] Tal la definición de la palabra "graciable" según la Real Academia Española. (http://www.rae.es)

[13] En línea con el reconocimiento brindado a nivel nacional, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley 194 (Adla, LIX-C, 3246) por la que se instituyó al 4 de junio como "Día de Lucha contra la Corrupción."

En el fallo aquí anotado, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de la anterior instancia que había hecho lugar —con costas— a la demanda de la esposa de Alfredo Pochat, por sí y en representación de sus hijos menores, y dejó así sin efecto la condena al Estado Nacional al pago de una fuerte indemnización en concepto de daño moral, psicológico y valor vida.

Para así decidir sostuvo la Cámara, en líneas generales, que:

(i) La falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad exige que la omisión denunciada lo sea respecto de un deber concreto exigido por la norma al Estado y no del deber genérico de seguridad, situación no verificada en el caso a criterio de la Sala;[14]

(ii) los magistrados deben ser cautelosos a la hora de condenar al Estado por omisión en materia de seguridad, ya que podría llegarse al absurdo de afirmar que cualquier delito podría ser el resultado de una omisión estatal;[15] en sentido concordante, afirmó que "no es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general;"[16]

[14] Cons. VI del voto del Dr. Argento y párrs. 8 y ss. del Dr. Fernández.

[15] Cons. VI del voto del Dr. Argento. Pochat es asimilado, así, a una víctima de un crimen que, en forma aleatoria, sucede en la vía pública. Pero todos sabemos que no se trató aquí de un agresor que se acercó a una víctima indeterminada. Lo que colocó a Pochat en situación de ser víctima del delito de homicidio fue el desempeño de las tareas que le habían sido encomendadas por el mismo Estado que le niega indemnización a su familia. Lo característico de este caso, y lo que detonó el crimen, fue la situación en la cual Pochat se vio envuelto como consecuencia directa del cumplimiento de su deber. (Como empleado.)

[16] Cons. VI del voto del Dr. Argento. No es mi intención dedicar esta nota al análisis de la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad. Me he referido en el pasado a estas cuestiones, compartiendo la idea de que el Estado no puede convertirse en la caja aseguradora principal y —en la práctica— excluyente de las acciones de reparación que deberían tener, las más de las veces, una escala previa en el patrimonio del funcionario involucrado en acciones u omisiones jurídicamente reprochables. No significa esto dejar de indemnizar, sino acudir en subsidio, una vez agotada la capacidad de resarcimiento comprobada del funcionario responsable. Es que de no atacar el patrimonio del funcionario en forma previa y en el mismo juicio que se demanda al Estado, las señales a favor del correcto desempeño del cargo se perderían —como ocurre en la actualidad— por completo. Ver, en este sentido, García Sanz, Agustín A. M., "Límites a la Responsabilidad del Estado: en busca del equilibrio," en Hutchinson, Tomás (dir.), "Elementos de Derecho Administrativo." *Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 234 y ss.

Sin embargo, el caso aquí analizado se encuentra en las antípodas del supuesto de hecho que merecía mi comentario de entonces: Hablamos de la negativa de indemnizar a un funcionario probo, asesinado en cabal cumplimiento de sus obligaciones. No es posible visualizar aquí al Estado como un asegurador universal. Si realmente la indemnización por daños y perjuicios sufridos durante la investigación de casos de corrupción pusiera en riesgo al Erario en su capacidad de pago, seguramente sería porque la investigación de este tipo de casos ha alcanzado niveles de generalización y eficacia que ciertamente no son los del presente.

(iii) no existen constancias de que Pochat hubiera recibido amenazas en forma directa o tuviera conocimiento acerca de la peligrosidad de las personas que se pudieran encontrar involucradas,[17] ni de que hubiera efectuado denuncia alguna en sede policial o de que hubiera solicitado custodia personal al interventor de la ANSeS;[18] y

(iv) finalmente, sostuvo la Sala III que "las circunstancias configuradas en el caso de autos no dan lugar en modo alguno a la formulación de un juicio positivo de responsabilidad por omisión, en tanto y en cuanto, como quedó dicho, ningún empleado de la planta de la ANSeS omitió el cumplimiento de una conducta debida o exigible en función de su cargo, incumbencias y situación dentro de la entidad. Ello así, dado que aparte de no encontrarse en el ámbito de sus obligaciones el impedir el ingreso del Sr. A. a las dependencias del ente o de verificar los elementos que portaba (en el caso, el arma empleada para consumar el homicidio), tampoco resultaba razonable ni prudencialmente exigible que advirtieran al auditor la existencia de una supuesta situación de peligro para su persona, que era sólo conjetural[19] y, en definitiva, tampoco era distinta de cualquier otra resultante de la actuación de un funcionario con las instrucciones y cometidos de un auditor o interventor, que por su propia investidura ha sido precisamente designado para llevar a cabo investigaciones que arrojen luz sobre la real existencia de conductas ilícitas, identificando a sus autores y partícipes."[20]

Debe llamar la atención de quien esto lee que los niveles de diligencia y sensibilidad que sirven de rasero para determinar la eventual responsabilidad del Estado, en el caso comentado, no sean los mismos —o siquiera parecidos— que se exigen a los privados en el cumplimiento de sus obligaciones. Así lo ha dejado en claro la jurisprudencia vigente.

En efecto, a la hora de analizar el grado de diligencia de concesionarios de rutas y autopistas, por citar sólo un ejemplo, ha entendido la jurisprudencia que los accidentes provocados por la presencia de animales sueltos en una traza de cientos de kilómetros es responsabilidad de la empresa, quien debe responder por cualquier incidente que impida una "circulación normal, libre de peligros y obstáculos, de forma que pueda arribar al final del trayecto en similares condicio-

[17] Cons. VII del voto del Dr. Argento.
[18] Cons. VII del voto del Dr. Argento.
[19] El Dr. Argento, en el considerando VII de su voto, se expresó en sentido análogo.
[20] Párr. 17 del Dr. Fernández.

nes a las de su ingreso."[21] No varía el resultado al analizar el deber de seguridad que le es debido al empleado (no olvidemos que Pochat lo era) por el empleador.[22]

Pero aun cuando al Estado le ha tocado juzgar su propia responsabilidad —aunque por un fuero diferente— por el accionar de policías que dispararon ante la comisión de un delito, la decisión ha sido indemnizar a la esposa del delincuente encontrado in fraganti delito con el que las fuerzas de seguridad se trabaron en un tiroteo que terminó con su muerte en exceso de legítima defensa.[23] Incluso cuando se trataba de víctimas de un operativo policial, heridas con balas de procedencia desconocida, la Cámara Civil y Comercial Federal[24] —con criterio luego compartido por la Corte— estableció un criterio amplio. En un principio, los fallos exigían que se probara que las balas provenían de las armas de la policía (clásica relación de causalidad), pero la Cámara sostuvo que semejante prueba era sobreabundante, en el entendimiento de que, aunque las heridas hubieran sido producidas por los delincuentes, la responsabilidad del Estado no variaba. Para así decidir tuvieron en cuenta que si las fuerzas policiales estaban cumpliendo con su función de perseguir y detener a presuntos delincuentes, la actividad del Estado que se había puesto en marcha tenía que hacerse cargo de todas las consecuencias dañosas de un operativo que interesaba a todos.

Esta disparidad de criterios, impuesta por la ley y por jueces del mismo Estado al que la Constitución encomienda la realización del bien común y la protección

[21] CSJN, *Caja de Seguros S.A. c. Caminos del Atlántico S.A.V.C.*, en *LL*, 2006-C, 896 y *Ferreyra, Víctor D. y otro v. VICOV S.A.*, 21-III-2006. Para un análisis de esta cuestión, ver GALDOS, JORGE M., "El fallo "Ferreyra" de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. Auspiciosa reapertura de un debate no clausurado," *JA*, 2006-II-218.

[22] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, *L., R. c. Frinca S.R.L. y otros*, en *LL*, 2007-B, 811, 45.611-S; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, *Sanabria Talavera de Pérez, Estanislada y otros c. CNA Omega ART S.A. y otro*, *LL*, 2006-C, 408; Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo N° 62, *L., O. A. c. Neumáticos Goodyear S.R.L.*, 15-VIII-02, *La Ley Online*; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, *Velozo, Ceferina c. Látigo S.A. y otro s/daños y perjuicios*, 18-X-1999; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, *Báez, Elizabeth E. c. Orígenes AFJP. S.A.*, 30-IX-1994; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, *Florentín, Humberto c. Pedacci Mao S.A.*, 11-VIII-1995, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, *Cardozo, Carlos A. c. Actuar S.R.L. s/ Art. 1113 C. Civil*, 30-VIII-1991, entre muchos otros.

[23] Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, causa 2052/99. Resulta interesante contrastar esta decisión las cláusulas generales de los seguros de vida, en los que una de las causales que típicamente exime de la obligación de pago a la aseguradora es la muerte en ocasión de cometer delitos. Debemos preguntarnos si queremos —en tanto contribuyentes— responder más allá de lo que un seguro estaría dispuesto a cubrir como alea.

Se dijo sobre este fallo: "La impunidad, la muerte de la víctima, la detención del delincuente e incluso su propia muerte son alternativas posibles que deben asumir quienes salen a robar y también sus deudos. De lo contrario, queda para los delincuentes el mensaje de que el delito paga siempre y muy bien, ya sea a costa de las víctimas o, como en este caso, de la comunidad, de cuyos impuestos saldrá la suma que tendrá que pagarles el Estado." (Ver en FAVELUKES, EDUARDO S., "El delito paga," en *La Nación*, Cartas de Lectores, 15-V-04, disponible on line en http://www.lanacion.com.ar/archivo/Nota.asp?nota_id=601246)

[24] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, *in re Guerrero, Diego J. c. Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina*, sentencia del 27-XII-96, *LL*, 1997-D, 96.

de los derechos de las personas, no debe dejar de alarmarnos. Es una disparidad que comienza con la generosa creación doctrinaria de teorías del Derecho Administrativo que, so color de atender los intereses de colectivos inasibles, terminan invariablemente jugando en contra de los intereses y derechos de las personas en el caso concreto. Sucede con el procedimiento administrativo;[25] sucede con los llamados contratos administrativos;[26] sucede aquí con la responsabilidad del Estado.

4. *Conclusiones*

Bien se ha dicho que "no es suficiente con combatir los efectos de la corrupción. Es necesario destruir las causas que la favorecen."[27] Si a un sistema que multiplica al infinito las regulaciones que sólo sirven de caldo de cultivo para la corrupción, se suman pesquisas penales de resultado incierto y la falta de señales claras de respaldo al funcionario que investiga y denuncia (como en este caso);[28] seguiremos ocupando un lugar de privilegio entre los países más corruptos de la tierra,[29] ranking por el que después nos rasgamos las vestiduras.

¿O acaso quien lee estas líneas se animaría a recomendarle a un pariente o a un amigo cercano que, ante un hecho como el descubierto por Pochat, haga las denuncias pertinentes? Sinceremos la respuesta: Cuando la lucha contra la corrupción descansa enteramente en heroísmos[30] que se pagan con la vida sin siquiera recibir reparación, la solución se pierde irremediablemente en las palabras.[31]

[25] MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 303-306 y 318-322.

[26] MAIRAL, HÉCTOR A., "De la peligrosidad o inutilidad de un teoría general del contrato administrativo," *ED*, 179-655.

[27] MAIRAL, HÉCTOR A., "Las raíces legales de la corrupción (o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla)," Cuadernos RPA, Ediciones RAP, en prensa.

[28] Resulta, al menos, curioso que nuestro país otorgue plena protección a testigos y denunciantes en casos de lavado de dinero o terrorismo, llegando al punto de admitir la figura del arrepentido, mientras que sigan sin adoptarse medidas de igual intensidad para la investigación de actos de corrupción. Es igualmente llamativo que se olviden los estándares adoptados por el país al incorporar a nuestro derecho la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley 24.759 (Adla, LVII-A, 12), cuyo artículo III(8) establece que "los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: [...] 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno." Evidentemente, fallos como el que anoto no están alineados con estas previsiones.

[29] Argentina ocupa, según la edición 2007 del Indice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparency Internacional, en el puesto 105 de 180 en materia de corrupción. Se puede acceder al relevamiento completo en http://www.transparency.org

[30] No se entienda esta frase como una negación o una crítica a las actitudes heroicas: No lo es. Es, sí, una crítica a la liviandad con la que el Estado (y cada uno de nosotros) responde ante un heroísmo que reclama en las palabras, pero que no está dispuesto a sostener —con coherencia— en sus costos.

[31] Se ha dicho con acierto que "[s]ociedades que no cuidan a sus Pochat facilitan la tarea de los corruptos. Sociedades que no reemplazan a un Pochat por otro Pochat aseguran un sistema de impunidad para los delincuentes de guante blanco y alma negra." (MARCH, CARLOS, "Alfredo Pochat, el nombre de un olvido," en *La Nación*, Opinión, 4-VI-07.)

Tres veces ha muerto Alfredo Pochat: La primera, a manos de su asesino, que hoy goza de prisión domiciliaria; la segunda, con el trunco recorrido de la pesquisa penal por él iniciada; la tercera, con una decisión injusta, que transmite señales que los funcionarios honestos sumarán al rosario de amenazas que ya pende sobre sus cabezas. Afortunadamente, tendrá la Corte la posibilidad de devolver las cosas a su quicio.

Capítulo XXXII

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRÁCTICA

Por Agustín Gordillo

Sumario

1. Introducción 635
2. Los hechos: Los que no hacen juicio en el país 635
3. Continuación. Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cuándo lo cobran? 637
4. Continuación: Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cómo lo cobran? 638
5. Las quitas 639
6. Los honorarios 640
7. El crimen de cobrarle al Estado, el castigo al que paga 641
8. Los que hacen juicio pero resuelven el tema políticamente 642
9. El funcionario y la deuda pública 644
10. La responsabilidad penal del que paga 644
11. El control social 645
12. Una pintura 645
13. Levantando la apuesta 646
14. La prevención del daño como antítesis de la responsabilidad del Estado 647
15. *Da capo*: El juicio aún no cobrado 647
16. Los índices o los intereses 648
17. La calculadora como arma delictual 648
18. La *praxis*, siempre la *praxis* 648
19. ¡Otra vez *da capo*! 649
20. Otra vez la pintura 650

Anexo 651

Capítulo XXXII

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRÁCTICA[1]

Por Agustín Gordillo

1. *Introducción*

Este cap. XXI me fue sugerido inicialmente por Federico Campolieti, y se ha construido sobre la base de dos conferencias en estilo coloquial del mismo nombre, pero con ligeras diferencias y algunas superposiciones.[2] Me decidí a incorporar este capítulo atípico, al igual que ya antes se encuentra en este vol. el cap. sobre "El procedimiento administrativo en la práctica," para que se pudiera apreciar, por su inmediación con el cap. XXII que sigue al presente, "Hacia la unidad del orden jurídico mundial," el substrato inmediato de aquel cap. en relación a éste. Es en parte por lo que se constata en la experiencia de medio siglo en la materia en el presente cap. XXI, que se llega a la conclusión del cap. XXII.

2. *Los hechos: Los que no hacen juicio en el país*

En materia de responsabilidad del Estado podría decirse, con criterio un poco ingenuo, que "estamos progresando." En realidad, estamos progresando en información, en fallos, en publicaciones, pero no en la realidad: Los daños se siguen cometiendo y las indemnizaciones llegan cada vez menos y más menguadas a los perjudicados. Casi nadie se ve enteramente reparado de su daño, mucho menos en un tiempo razonable. Todos los tiempos son irrazonables y, como se verá, las sumas también.

[1] Este capítulo corresponde al capítulo XXI del *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. En consecuencia, no se repetirá en futuras ediciónes de dicho tomo del *Tratado*.

[2] "La responsabilidad del Estado en la práctica," Universidad Austral, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729-38; "La responsabilidad del Estado en la práctica," Universidad de Buenos Aires, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15-X-2008, pp. 3-12.

En primer lugar, cualquier abogado particular practicante en materia de derecho administrativo sabe que no todos los casos de daños indemnizables cometidos por el Estado llegan a juicio; primero, porque los propios titulares del derecho vulnerado no suelen tener siempre la suficiente fe en la justicia y en el resultado del juicio, con más la paciencia, la tasa de justicia, esperanza de larga vida para aguardar el resultado, etc.

Hay así una inevitable estimación política de parte del cliente, que escapa a la razón jurídica que el abogado pueda creer que le asiste. ¿O acaso han visto algún juicio contra las restricciones, prohibiciones y suspensiones a las exportaciones e importaciones, los precios sugeridos sin firma ni membrete, las órdenes verbales de bajar los precios, las retenciones incrementadas por resolución administrativa luego de efectuada la inversión del productor, tanto más? Luego están los juicios que se hacen pero no se ganan, al menos en el país, como los que quedaron fuera del arreglo del *default* inicial aplaudido por el Congreso (los famosos *holdouts*), o los que sufren el *double whammy* del nuevo *default* sobre el mismo titular anterior de bonos que fueran ya "cepillados." (*Haircut*, en la jerga internacional.)

Los titulares argentinos de tales bonos ya abandonaron toda esperanza y no iniciaron el juicio porque perdieron la fe en la posibilidad de que la Justicia pueda ordenar la devolución de la nueva pérdida que el nuevo *default* técnico supone. Ninguna Corte Suprema va a modificar los índices del INDEC para poder cobrar el CER prometido al realizarse el canje de los bonos *defaulteados* por los bonos *a recanjear o redefaultear*, suficiente entonces para que ninguna persona realista inicie en el país un juicio por tales motivos.

Allí hay responsabilidad del Estado sólo en pura teoría, pero no en los fallos y mucho menos en la realidad. Si uno quisiera ser realista, entonces, diría que no hay responsabilidad del Estado en todos esos supuestos, ejemplos que desde luego se pueden multiplicar si uno quisiera hacer un listado. Nadie, por ejemplo, hará en tribunales argentinos un juicio al Estado por omisión en levantar las interrupciones al tránsito internacional hacia Uruguay.

Luego están los que inician juicios entre particulares por culpa del Estado: Si demandan también al Estado tampoco los ganan, o ganan de su contraparte, y no del Estado, mucho menos que aquello a lo que tendrían "derecho." Es el caso típico de los contratos entre particulares que el Estado violentamente intervino en un momento de emergencia creada por el propio Estado. Cabe incluir en este listado a los que contrataron en el país en moneda extranjera y quisieron recuperar al menos el capital, sin recuperarlo del todo, no al menos fácilmente. Basta leer el primer voto de *Bustos* para saber cómo les puede ir.[3] Ese tipo de

[3] Lo explicamos en nuestro art. "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?", *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296 y en: http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/*16.pdf*

fallos y muchas otras conductas administrativas y legislativas no hacen sino provocar el constante éxodo de capitales del país hacia playas más seguras, en que el Estado de Derecho funcione razonablemente, en que exista un mínimo de presivibilidad jurídica, en que no se recurra a los fáciles populismos de siempre. El éxodo de capitales implica también que no vendrán otros capitales en su lugar y esa consiguiente desinversión en el país produce un decrecimiento económico que no hace sino aumentar los índices de exclusión social.

La moneda extranjera o el mismo derecho extranjero ya no son garantía, y cabe preguntarse si la jurisdicción extranjera o incluso internacional alcanza, pues luego queda siempre el problema material de cómo hacer para ejecutar la sentencia y juntarse finalmente con el capital perdido. Llegado ese momento, la triste realidad nos vuelve a igualar a todos.

3. *Continuación. Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cuándo lo cobran?*

Quedan aquellos con suficiente esperanza de vida y respaldo financiero para soportar los largos años que lleva terminar un juicio contra el Estado.[4] Primero está la cuestión del monto que finalmente se le reconozca, las más de las veces notoriamente inferior al daño causado; o, claro, cuando hay corrupción, notoriamente superior. A los que hacen juicio y lo ganan y obtienen sentencias inferiores al daño sufrido, les resulta difícil cobrar ese resto de propiedad que fueron perdiendo de a poco, en el tiempo. Es que ganar un juicio contra el Estado es una cuestión muy distinta de cobrarle esa plata al Estado; cualquier abogado privado practicante lo sabe, pero el fenómeno no se advierte con igual claridad en la administración (donde tratan de evitar el pago) ni en la Justicia (donde no se toma conciencia del tiempo que le lleva al particular hacerse del dinero que la sentencia supondría en teoría). Y esto no es una cuestión que quepa imputar solamente a los años turbulentos que estamos pasando o que hemos pasado, sino que es una cuestión mucho más antigua. Cuando en el año 1958 comencé mi tesis doctoral sobre el tema de la responsabilidad del Estado, que luego resumí en el actual capítulo XX de este vol., me tomé el trabajo de leer íntegramente, tomo por tomo, todos los fallos de la Corte y la verdad es que es difícil saber cuándo empezó el problema empírico de no poder ejecutar materialmente el resultado de los juicios ganados al Estado, porque los juicios contra el Estado en apariencia se ganaban, pero eran por motivos puntuales de incendios, registro de la propiedad, hechos policiales y distintas materias que no centraban la temática explícita de algunos años después. No surgía de los tomos de la jurisprudencia cuánto tiempo se tardaba en cobrar luego la indemnización fijada por el fallo, ni si ésta dependía, como depende hoy, de ulteriores determinaciones en instancias inferiores.

[4] Si tenemos en cuenta asimismo la inexistencia de otras vías alternativas a la Justicia y de mayor celeridad, para resolver los conflictos entre los particulares y el Estado. A ello nos referimos supra, cap. XVII, § 6, "El trasfondo a la resistencia local al arbitraje."

En todo caso, siempre hubo gran dificultad en hacer responsable al Estado, y los grandes lapsos de tiempo que transcurren entre la producción del acto o hecho dañoso y la percepción efectiva de la indemnización le quitan todo sentido reparatorio. Cobrar esos juicios es casi como cobrar una herencia, algo que el destino dispuso que uno recibiera y que no existe motivo alguno para festejar ni agradecer. Se cobra, se invierte o se gasta pero la sensación es de tristeza o amargura, nunca de satisfacción por el derecho victorioso.

Si uno bucea en los libros del pasado, encuentra por ahí sentencias en las cuales, entre que la acción se inició y la sentencia de la Corte se dictó —aunque no consta allí la ejecución de la sentencia— hay promedios de catorce, dieciséis, veinte años. Pero, después, se han prolongado un poco los plazos.

Hoy en día, entre el hecho dañoso, la demanda y no ya la sentencia sino su efectiva *ejecución material en el cobro*, ya son veinticuatro, veintiséis años, más aún. Y esto es el largo plazo famoso, aquel en el cual, según los economistas, estamos todos muertos; y esto no es una figura de lenguaje, es la más cruda realidad. En el largo plazo, estamos todos muertos. Entonces, ¿qué responsabilidad del Estado es ésa?

4. *Continuación: Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cómo lo cobran?*

Hay un aspecto que siempre fue importante, pero que ha ido siendo más categórico en los últimos tiempos: Con la sentencia en la mano, y aun con la voluntad de ejecutarla de parte de la Justicia, cuesta mucho llevarla a la práctica. Puedo pretender cobrarlo en dinero efectivo, pero no puedo saber cuándo me lo pagarán y en cambio sé con certeza absoluta que no me reconocerán la depreciación inflacionaria, además que ya no existen índices oficiales que reflejen fielmente esa inflación. Aunque los hubiera, de todos modos no se pagarían; ésa es la realidad.

Elijo entonces, como hacen todos porque es la única opción realista, cobrar en bonos. Pero ocurre primero que me van a pagar, cuando ello ocurra, en bonos a muchos años de plazo, a veces hasta treinta años más de plazo, lo cual implica que estamos ante una sentencia desvalorizada: Si el número era cien, en bonos va a ser menos (cien menos equis), pero eso ya lo hemos admitido. Si me decido a vender los bonos debo hacerlo a precios de mercado, y el mercado me descontará toda la tremenda incertidumbre que existe sobre el futuro. Si guardo los bonos para la vejez, el Estado me los *defaulteará una y otra vez, al mismo bono*, como lo ha hecho hace poco, ganándose el merecido mote de *defaulteador serial*, más serio aún que el *deudor eterno* que ya tenía ganado desde hace un siglo y medio; por todo eso no tendré tampoco derecho a reclamo exitoso. No hay allí percepción justa del crédito que hubiera determinado el tribunal, que no necesariamente representa tampoco una justa indemnización.

El problema es todavía cuándo me los dan, esos bonos a *defaultear*. La norma me dice que me quede tranquilo, pero siempre hay dos o tres opciones, porque

el tipo y serie de bonos cambia constantemente; nuevos decretos y resoluciones ministeriales continúan regulando la materia que supuestamente es materia de ejecución de sentencia judicial firme: No es eso así. El problema empieza de nuevo con un nuevo trámite ante la administración, y todos sabemos lo que eso significa en la práctica. Llenar los formularios, que consideren que están bien llenados, que se tramiten adecuadamente, que no haya sorpresas en el camino, que nadie resuelva que el bono que me corresponde es en realidad no el que yo creía sino otro más depreciado todavía.

Todo esto lleva su propio tiempo adicional: Hay incidentes, hay problemas de regulación de honorarios, hay expedientes que, misteriosamente, se pierden, hay que volver a la Justicia, hay que peregrinar por la administración y hay que rogar que no ocurra ningún hecho político que dificulte la cuestión, ni aparezca alguna situación de mayor misterio todavía.

5. *Las quitas*

Yo conozco en forma directa, para dar una muestra, dos casos: Uno en la Provincia y otro en la Nación. En la Provincia: Jurisdicción originaria, única instancia, una sola ida a la Corte nacional por un recurso de queja denegado a la municipalidad vencida: Los hechos determinantes acaecieron en 1982, y la demanda es del año siguiente. Firme la sentencia definitiva, el Intendente de turno negoció con los actores (ya pasando la tercera edad, vencidos, amargados, empobrecidos) una quita muy importante. ¿Por qué? Pues para que sus votantes no consideraran que hacía otra cosa que defender el peculio municipal con el máximo empeño y pudiera explicarle a la comunidad que aquel yerro cometido por aquel gobierno de más de un cuarto de siglo atrás, por lo menos no lo iba a pagar según el fallo, sino a mucho menos. Y no faltará alguno que sospeche si no logró una quita menor a la posible. Pagar es siempre fuente de sospechas; no pagar es insospechable.

No se crea que ese monto nuevamente cercenado es lo que ya el "ganador del juicio" retira por ventanilla a la semana siguiente y deposita en su cuenta bancaria, previas todas las deducciones del caso. No, no es así. Una vez depositado en autos, todavía falta que la Corte provincial permita retirar el dinero del expediente, y ella también tiene que proteger su buen nombre y honor, no sea que alguien le señale que pagó eficazmente rápido, que sería sospechoso, sino que debe dar las condiciones para que se pueda felicitarla de pagar tarde, lo cual es honroso.

Se trata de casos "ganados," pero "ganados" en un tercio del monto que el cliente y su abogado creían que tenía razón. Es un tercio, veinticinco años después. Pero, ni en uno ni en otro caso, se ha logrado percibirlo. Están, todavía, discutiendo cosas.

Un *mail* de uno de los letrados dice: "Hay que firmar urgente este escrito." ¿"Urgente"? Hace veinticinco años que se está tramitando el drama. ¿Qué es urgente? Pues prestar conformidad a un fallo del tribunal que aprueba un convenio

que está vencido, cuando la ley que se aplica está ya vencida también. Cualquiera diría mejor pensarlo un poco, hablarlo con el cliente para ver si está conforme en aceptar este convenio ahora tardíamente homologado una vez vencido, pues él ya, expresamente y por escrito en el expediente judicial, retractó su aceptación del convenio por haberse vencido su plazo.

Cualquier lector avispado sabe cómo termina la historia: El cliente, viejo y enfermo, finalmente se rinde, revierte su rechazo al convenio que había caducado y cobra lo que quieran darle, como se lo quieran dar, cuando se lo quieran dar: Al menos lo recibe en vida, como un óbolo, como una limosna, como una ayuda estatal a la indigencia.

6. *Los honorarios*

Conocemos por tradición oral el caso de un letrado que, hace ya mucho, en situación parecida trató de inspirarse en un cuento de la primera mitad del siglo pasado del legendario abogado conocido coloquialmente como "el fiero Paz" (pido perdón a sus descendientes, pero si tienen el sentido del ácido humor de su ascendiente probablemente festejarán la anécdota), que donó los honorarios que le fueran regulados por el Tribunal para la biblioteca de éste, para ayudar a su ilustración. Ante el previsible apercibimiento del Tribunal, presentó un escrito revocando la donación "por ingratitud." Cierto o falso es ya imposible saberlo, pero al menos según el cuento se quedó con la última palabra, victorioso en la misérrima suma regulada.

Otro caso que conozco, inspirado en aquél, es el de un letrado que para dar algún mensaje que no justificara ser sancionado, y ser original, renunció lisa y llanamente al honorario regulado, con lo cual el tribunal tuvo que estudiar su propia jurisprudencia y la ley vigente para determinar *si era posible renunciar a un honorario regulado*, con la conclusión que sí se podía, siempre que se retuvieran judicialmente y se enviaran a todas las cajas públicas pertinentes todos los aportes que a juicio del tribunal había que hacer, por todos los motivos que correspondieren si efectivamente los hubiere percibido.

El letrado logró, al menos, dejar en la oscuridad al tribunal sobre qué significaba dicha renuncia y tampoco le pudieron sancionar, aunque seguramente lo habrán pensado. Dejémosle al letrado el anonimato y privilegio de no dar respuesta al interrogante. Dejémoslo para cuentos futuros, que seguramente lo deformarán como el tiempo deforma toda anécdota, enriqueciéndola con la imaginación y la creatividad de cada sucesivo relator. En realidad, dicen que quiso ser coherente con sus demás créditos, sus bonos ajustados por CER, sus hipotecas pesificadas desigualmente, sus contratos, su pequeña empresa agropecuaria: Sus honorarios también recibirían así el mismo trato de la historia. Todo para el gobierno.

En todo caso, no fue un gesto de "grandeza," sino de *pequeñez*, porque ya el monto era pequeñísimo en relación al daño ocasionalmente inferido y al trabajo

profesional de más de un cuarto de siglo, equiparable a la moneda que recibe el pordiosero en una novela escrita por Dickens. Si el letrado creía que había asegurado su vejez ante el previsible fracaso del sistema previsional por las constancias apropiaciones de todos los sucesivos gobiernos, tampoco esa previsión le alcanzó.

7. *El crimen de cobrarle al Estado, el castigo al que paga*

Ganarle un juicio al Estado parece *Crimen y Castigo*. Al crimen de iniciar un juicio porque se quiere la reparación del perjuicio ocasionado por el Estado, el condigno castigo de ganarlo y tener que empezar entonces todo de vuelta, a peregrinar y mendigar por cuanta oficina pública, judicial y administrativa fuera menester (y con honestidad y suerte, ninguna privada), además de a veces legislativa para que aprueben el crédito: fue el caso del cobro municipal, ¡con ordenanza que autorizara a pagar una sentencia judicial firme! Es la vieja maldición andaluza: "que tengas juicios, y los ganes." Maldición que habría que perfeccionar aquí como "que tengas juicios contra el Estado, y los ganes e intentes cobrarlos."

Una vez, un letrado particular increpó en la calle a quien por entonces era su amigo, por un pronunciamiento como funcionario judicial que a su juicio nada entendía de la realidad, "maldiciéndolo" a que alguna vez ejerciera la profesión de abogado. El "maldecido" fue más inteligente, se jubiló en su función y nunca llegó realmente a ese trance de inmersión en el baño de barro de la realidad. En cuanto a la Nación, ahí están partes y letrados, yendo y viniendo, esperando distintas interpretaciones, formas de actualizar o no actualizar, apelando, yendo otra vez a la Cámara, a la Corte, se va y se viene, pero no se cobra nunca; la administración se opone, para evitar suspicacias de que quería pagar un crédito que debía por sentencia judicial firme. Si finalmente le toca pagar, saca mal las cuentas y deposita la mitad de los bonos correspondientes, para que haya que seguir litigando sin hacerse de los fondos.

Pareciera que en nuestro país no hubiera cosa peor que pagar las deudas, los ciudadanos y mucho menos el Estado. Si alguien se propone hacerlo es fácil que lo denuncien penalmente. Todo el mundo dice: "Yo no tengo nada que ver, son estos otros los que querían pagar, yo precisamente me opuse," con lo cual se libera de la acusación si puede demostrar que efectivamente se opuso.

No es defensa decir que todo está en orden: se recomienza ahora con una denuncia o querella penal desde el poder público por invocación de múltiples delitos, un eventual decreto que revoca la orden de pagar. ¡Famoso escándalo! Escándalo *a)*, escándalo *b)*. ¿Cuál era el escándalo? ¡Querer pagar una deuda del Estado! Con lo cual uno entiende, finalmente. Es un crimen querer cobrarle al Estado, y tiene su castigo.

8. *Los que hacen juicio pero resuelven el tema políticamente*

Cuento otros dos casos que podrían haber sido —pero no lo serán— de responsabilidad del Estado, sino de responsabilidad política de la sociedad. A dos empresas multinacionales —fuertes, ambas— se les dictan en distintos casos y por diferentes motivos actos negatorios de sus derechos que, a juicio de ellas y sus letrados —y la Justicia coincidió—, eran ilegítimos.

La Justicia —haciendo, la verdad, honor a su nombre—, en ambos casos dictó medidas cautelares, diciendo que el acto era manifiestamente arbitrario. Eran juzgados diferentes.

¿Qué dijo la administración en un caso? Un alto funcionario, y no el que ustedes piensan, advirtió a la multinacional: "Mire, a mí usted estas cosas no me las hace, así es que, si usted quiere hablar conmigo, primero me desiste del juicio."

Habla la empresa a su abogado pues quiere seguir el consejo de la administración y su abogado por supuesto le dice —es lo que sabe, no es su culpa, estudió derecho—: "Si Usted desiste del juicio, no sólo pierde la cautelar que conseguimos judicialmente, sino que además consiente el acto y nunca más puede discutir este tema. Ese acto que Usted así consiente, por lo demás, implica que Usted pierde toda su inversión en el país, que por cierto es considerable. Si Usted quiere, hágalo, pero yo de ninguna manera lo firmo como letrado."

Gran discusión interna y, finalmente, por supuesto, lo hacen. La multinacional prescinde de los servicios de su abogado, y bien hecho está, porque algo de derecho podrá saber, pero de la realidad, por lo visto, no conoce nada.[5] Porque después resulta que la cuestión efectivamente se arregló: la administración revocó por contrario imperio el acto que la multinacional había consentido.

En conclusión, el acto ilegítimo respecto del cual se había obtenido una medida cautelar, que hubiera dado lugar a un juicio de daños y perjuicios años después, se transformó, por alguna de esas cosas misteriosas que pasan, en un acto que revocó la propia administración pública de oficio. ¡Qué bien que andan los mecanismos de autotutela de la administración pública!

En el otro caso, la otra empresa multinacional —con muchos abogados argentinos, muy duchos y conocedores de la realidad, empezando por el propio presidente de la empresa—, cuando tienen la medida judicial en la mano, rápidamente coinciden todos. ¿En qué concidieron? En palabras del presidente de la empresa, también abogado: "Todos sabemos por supuesto que la solución al tema no está en el plano jurídico, al tema hay que darle *un camino político.*" El abogado podría preguntarse: "Si produjeron un acto ilegítimo y la Justicia dictó una medida cautelar suspendiéndolo, ¿qué es eso de un camino político?"

[5] Por supuesto, era el autor de este tratado. Escribe mucho sobre la práctica, pero no termina de aprenderla nunca. Por eso intenta aquí despertar al menos la curiosidad y el interés del lector para que él mismo se dedique a escudriñar la realidad, no leer solamente fallos y leyes o libros de doctrina administrativa nacional y comparada. No acepte esta versión de la realidad, busque la suya propia.

La impresión empresaria acerca de la realidad argentina es que la vía del derecho, aún ganando, no les conviene. Entonces, a buscar la conexión política. Y no siempre es buscarla a gran nivel; a veces, es uno del gremio que le consigue una entrevista con un funcionario que puede o no ser el jefe, que a su vez lo manda a hablar con otro de abajo. O sea, son dos o tres movimientos laterales que lo llevan al funcionario que dice: "Atendelo a éste, que es amigo." [6]

Entonces, el funcionario le dice al amigo que es el intermediario del cliente: "Primero, tenés que desistir expresamente del recurso administrativo y prestar conformidad al acto." Se trata del acto ilegítimo respecto del cual existía una medida judicial aún no notificada, una cautelar en sede judicial. Pues bien, eso hicieron, el abogado tampoco firmó pero no lo echaron porque es amigo. En consecuencia, se desistió del recurso, el acto quedó consentido, y a la empresa le está yendo bien, ¡ya suspendieron el acto en sede administrativa, por contrario imperio! El tema de fondo se reencaminó bien, la administración no tiene objeción que formular a la empresa, el tema quedó pacíficamente resuelto. Se evitó el daño, por lo tanto, se evitó la responsabilidad del Estado que, como vimos antes, tan pobres frutos da, y tantos años más tarde.

Hablar de la responsabilidad del Estado, entonces, es hablar de algo que no existe empíricamente de modo cierto, útil y oportuno. Si al agraviado le van a dar un tercio del daño que le hicieron, dentro de veinticinco, treinta años, entonces el camino elegido resultó a la postre muchísimo mejor para la empresa. Como me dijo una vez un cliente empresario y al escuchar mi pretensión de honorarios: "Perdóneme, usted no me entendió bien, yo lo vine a ver a usted por sus aptitudes jurídicas; si yo hubiera querido hacer gestiones políticas, lo hubiera ido a ver al doctor fulano (un administrativista muy conocido, por lo demás), porque él sí sabe hacer las gestiones. La cantidad que usted me pide no hace falta para resolver el caso en derecho." O como otra vez me dijeron: "Todo esto que me pide es para los funcionarios ¿no?" Si digo: "No, por supuesto, es para mi trabajo," me dirán: "¿Para usted? No, hombre, si fuera para los funcionarios... bueno."

Entonces, ¿qué pasa? Todo este disfuncionamiento de la responsabilidad del Estado, que lleva a que nada se pueda ejecutar en tiempo razonable, hace que todo se vuelva una gran ficción.

[6] Ello si es que no se produce cambios de funcionarios y ello obligue a reiniciar tratativas con los nuevos funcionarios, o con los mismos pero actuando bajo nuevas directivas, de manera que todo lo avanzado posiblemente deba volver a fojas cero: *Supra*, cap. XV, § 13, "Otras diferencias." También puede pasar a la inversa: Que ante un posible cambio de circunstancias y consecuentemente de funcionarios, se "aguarde" sin hacer mucho ruido ese momento, para tratar de retomar o iniciar directamente la conexión política con los que "vendrán," cuando con los funcionarios actuales, la cuestión se torna causa perdida.

9. *El funcionario y la deuda pública*

Y, en cuanto a esta gran ficción de la responsabilidad del Estado, ahí viene la inserción de la responsabilidad del funcionario. O sea, el funcionario no es ajeno a la sociedad en la cual vive. El funcionario sabe que, si se está tramitando el pago a los Greco, de quinientos millones y el trámite venía bien, si firma está firmando sobre hierros calientes. Y que, en realidad, si se quiere cubrir, puede decir: "Habría que ver si procede, mejor consultarle a aquél o a aquél o a la Procuración del Tesoro o al Presidente, porque no sé, habría que ver los números, etc." O sea, el que dice que "no" es el que está más cubierto, el que se opone jamás va a tener problemas. El que dice "Esto va bien," ése está o podrá estar en problemas.

Lo cual no significa que todos sean honestos, obviamente. Pero que, honestos y deshonestos, todos ven la regla común: Decir que "sí" crea problemas; decir que "no" no crea problemas.

Entonces, el problema es que *este decir que "no"* no genera responsabilidad al funcionario, pero sí genera otro tipo de responsabilidad del Estado, que será a muy largo plazo, pero existe también: es la deuda pública interna y externa. Se posponen siempre para el futuro todos los temas que son de mucho monto, como los veinte mil millones de dólares de los *holdouts*, los ahorristas que quedaron afuera del canje. Pero en algún momento vuelven, eso no se abandona, se lo pasan a los hijos y lo siguen y lo siguen y, en algún momento, lo cobran y, en algún momento, lo vamos a tener que pagar.

Allí no haremos justicia, meramente cederemos a la presión de acreedores frenéticos, enojados, frustrados por nuestro incumplimiento, que se quejan entonces a sus propios gobiernos y de a poco logran obtener que estos a su vez hagan presión sobre nuestros gobiernos, presión que finalmente se hará imposible de resistir. Con lo cual el funcionario se encuentra en una posición —como decía Bielsa hace más de medio siglo— en la cual él sufre, desde arriba, una presión autoritaria hacia abajo y en cambio él ejerce una presión autoritaria hacia fuera. Al que lo viene a ver desde afuera, le da la medicina que recibe desde arriba. El funcionario es autoritario porque a él lo tratan autoritariamente. Es la lección que recibe día a día y esto no es de ahora, es de siempre.

10. *La responsabilidad penal del que paga*

Es también interesante la responsabilidad penal. Mairal señaló que hoy todos los casos de derecho administrativo son casos de derecho penal. O como en otra variante dice Zaffaroni en su obra, es la administrativización del derecho penal.

Todo caso cuantitativamente importante de derecho administrativo parece que termina siempre por algún lado en sede penal. Pareciera que es imposible hacer algo en la administración pública sin que a alguien se le ocurra: "Seguramente cometieron algún delito," y como a menudo esto es cierto, por qué no investigarlo.

Lo que pasa es que hay dos tipos de personas: Los que luego ostentan fortuna, que en causas penales pueden recibir sin mosquearse embargos por medio centenar de millones de dólares, por la índole y el monto del delito que se les imputa por auto de procesamiento firme, y los que viven como clase media, o clase media alta, pues su patrimonio no llega a las decenas de millones de pesos.

Los segundos, que no son igualmente peligrosos, es posible que sean investigados y no se llegue a nada. Los casos que son peligrosos no se investigan. Se investigan las pequeñas cosas o aquellas en que, se sabe, no pasa nada. Sólo se logra hacerles gastar dinero en abogados, en amigos y conexiones, para largas y lentas defensas penales que terminarán con su absolución, falta de mérito, presunción de inocencia. Con lo cual el administrativista va con el penalista a Comodoro Py, a ver las cosas que todos saben que son intrascendentes. Y ahí se gasta tiempo, esfuerzo, material, etc. Eso es responsabilidad política de una sociedad disfuncional, no es estrictamente responsabilidad del Estado. Por supuesto, si uno volviera al comienzo de esta exposición y retomara la línea ingenua, podría decir que el Estado debe ser responsable por haber procesado a una persona que termina demostrándose lo que ya se sabía al comienzo: Que era inocente. Pero si uno lo ve bajo la faz de la realidad sabe que nadie hará un juicio al Estado por haber estado injustamente procesado, ya que en tal caso además de los años perdidos en sede penal deberá perder dos o tres décadas en el juicio de responsabilidad civil y finalmente cobrar una suma que podrá ser un óbolo o un insulto. Una vez titulamos una nota a fallo: "Morir de viejo esperando Justicia." Es el sistema.

11. *El control social*

Por eso la única solución para estos casos es que la sociedad esté vigilante de sus derechos y de sus intereses, y al menos condene socialmente a aquellos que sabe, por presunción firme y concordante, que ciertamente han estado asociados a personas deshonestas, dentro y fuera de la función pública y que ello se aprecia principalmente en su notoria riqueza. Tomemos simplemente el espejo y observemos nuestra propia conducta respecto de los que sabemos son corruptos.

Si los corruptos son invitados a la mesa de los honestos, entonces son la sociedad y sus instituciones las que no funcionan. No le echemos la culpa al derecho, ni a los tribunales, ni a la administración. La tenemos nosotros.

12. *Una pintura*

Esta descripción empírica no es el tipo de cuestión de la cual es frecuente hablar en nuestro medio, en el que estamos más acostumbrados al razonamiento y la descripción formal que a la pintura impresionista de la realidad. Hay quienes hacen cubismo —un Picasso con su *Guernica*— o dadaísmo —un Dalí pintando

relojes doblados—, yo no he intentado tampoco hacer el colorido impresionismo sino que me remonté más atrás, para tratar de presentar simplemente una naturaleza muerta, como en las pinturas más antiguas de ese estilo pictórico. Fue mostrar un centro de mesa con unas manzanas, algunas naranjas, pescados, comida en general, otros frutos de la realidad, pero no para aludir a los pintores que celebraron el fin de las hambrunas europeas, los Rembrandt, los Van Gogh, los Caravaggio, sino para resignificarlos como "comida," con comillas, que está siempre presente en el lienzo pero no tanto en la realidad: Ésa es, para este pintor jurídico andaluz, la responsabilidad del Estado. Nada que justifique el estupor, desde luego, pero algo que también es parte del universo conocido y que debe ser estudiado y aprendido.

13. *Levantando la apuesta*

Si dijera que la responsabilidad del Estado no existe en la práctica, sería mal interpretado por quienes no gustan de las exageraciones a las que como andaluz soy proclive. Deberé entonces decir otra cosa, que no existe siempre, *ni en tiempo oportuno.*

Y tampoco se me pretenda levantar la apuesta, que toda la justicia no existe en tiempo oportuno, porque no es verdad: Las cautelares, los amparos, las anticipaciones de sentencia, las cautelares autónomas, todo ello es justicia pronta y efectiva. Existe pues la justicia pronta y efectiva, aunque no sea moneda de todos los días ni para todos los temas, ni comida en todas las mesas.

También sería muy andaluz decir que es solamente en materia de responsabilidad del Estado que no existe justicia oportuna. Sería igualmente falso, pues existe responsabilidad oportuna del Estado en un importante y creciente número de fallos que, cuando está en juego la salud, la vida u otros valores esenciales de una persona o una familia, reaccionan de inmediato imponiendo al Estado la carga de hacer frente, en plazos muy breves, a la responsabilidad que se le imputa: Sea realizar una operación quirúrgica, proveer medicamentos, dar solución a un problema habitacional, producir una vacuna, construir una escuela, dar agua potable a una población, dar alimento a una familia, etc. Los ejemplos proliferan, e incluyen ya tratamiento psicológico, kinesiológico, provisión de prótesis o sillas de rueda para discapacitados, vivienda digna, etc.[7]

Claro que acá estoy hablando otra vez de los fallos, porque no conozco la realidad que ha seguido a tales tan frecuentes como emocionantes pronunciamientos judiciales y he leído comentarios pesimistas sobre su grado de cumplimiento material. Pero cuando las sentencias fijan *astreintes* personales a los funciona-

[7] Existe una tendencia a equiparar responsabilidad del Estado con reparación pecuniaria de una obligación incumplida o un perjuicio ocasionado, pero la reparación no necesariamente es o debe ser pecuniaria, también puede consistir en la satisfacción material oportuna del deber jurídico violado.

rios que incumplan[8] tiendo a creerles un poco más que podrán transformarse en realidad. Como ha dicho GUGLIELMINO, el juez no tiene solamente la facultad sino específicamente el *deber* de hacer cumplir su sentencia.

Es ese vaso medio lleno, en que la emoción ante la magnitud del deterioro personal y familiar que la no responsabilización inmediata del Estado ocasionaría, el que lleva a la magistratura a responder con vehemencia y urgencia al reclamo social, sin que los comentaristas se animen a hacer crítica alguna. Nadie quiere cargar con una muerte sobre su conciencia, ni siquiera para opinar, mucho menos para resolver.

14. *La prevención del daño como antítesis de la responsabilidad del Estado*

También existe responsabilidad oportuna y eficaz del Estado cuando se trata de evitar que cometa perjuicios. Así, en lugar de mandarnos al *solve et repete*, paga y repite en bonos dentro de treinta años, la justicia federal, bonaerense y capitalina protegen el patrimonio de los contribuyentes, evitando que se materialicen los constantes agravios fiscales al derecho. Esos fallos que así resuelven, evitándonos el largísimo juicio que de otra manera terminará en una percepción en bonos devaluados y amenazados de *default* permanente, son también muestra de una responsabilidad del Estado en pleno funcionamiento.

15. Da capo: *El juicio aún no cobrado*

Hay mucho pues de qué alegrarnos. Pero como nada es perfecto en esta vida, el vaso está también medio vacío, como ya hemos visto. De los dos juicios ganados en un tercio del monto reclamado por un daño acaecido en 1982, que antes comenté, hay uno que todavía no se cobró: Lo empecé a los 44 años, tengo 70. O mejor dicho, la administración depositó muchos menos bonos que los adeudados, con lo cual hay que empezar de nuevo toda la historia. Sabemos que la administración es como un león embravecido cuando le quieren ejecutar una condena de daños y perjuicios. Se hacen juicios políticos a los magistrados, se procesa a los funcionarios, se amenaza a los jueces, y los medios masivos de comunicación aplauden que el Estado no haya realmente pagado estas deudas que, no se sabe por qué, algún tribunal dispuso injustamente pagar. Digo injustamente, porque ya hay una percepción social que si se condena al Estado a indemnizar, algo raro debe haber pasado. No se toma como normal y propio de un Estado de Derecho que el Estado pague sus deudas: No en los pasillos de la administración, ni en los corredores de la justicia, ni en las ventanas de la opinión pública.

[8] Ver nuestra nota "Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos," *LL,* 2004-C, 152-5, nota al fallo *D'Ormea*, JNF CA n° 4**;** en la publicación el título salió truncado luego de "imponer."

16. *Los índices o los intereses*

Más aún, es expreso a veces que incluso para no pagar los intereses de las deudas se arremeta contra los índices de actualización. No es cuestión de algún funcionario puntual que asume sobre sí liderar con el sable la carga de la caballería ligera, es cuestión que en altos despachos se comenta con signos de evidente convicción: ¿Cómo puede ser que tal o cual producto se compute de tal o cual manera, y que esto nos haga pagar más intereses de la deuda? Lo hemos oído de la mejor fuente jurídica, no lo estamos inventando. Además lo hemos leído, de segura fuente escrita. Ahora ya es *vox populi*.

Los funcionarios más elevados del gobierno son ahora expertos en cómo sacar las cuentas de un índice, luego que hace pocos años en un programa de televisión dos agresivos periodistas partidarios del gobierno preguntaran ostentosamente, a propósito de un caso concreto, cómo es que una deuda de "X" hace veinte años, sea ahora "X más 1."

17. *La calculadora como arma delictual*

Y que se abra un tardío proceso en el cual se está investigando entre otros a los contadores que sacaron las cuentas, para ver si cometieron algún ilícito penal con la calculadora, que parece ser un arma de fuego más en nuestros atribulados días. Resuelto en primera instancia que no había ilícito penal, la cámara revocó y mandó seguir adelante con la investigación, y ahora el juez, para cumplir, ordena toda clase de medidas de prueba. Entre ellas hay una decena encaminadas a "hallar" a uno de los contadores que sacó la misma cuenta, pero no fue "hallado" todavía por la justicia penal. Se trata de determinar si él sí cometió un ilícito penal al sacar la misma cuenta, aunque seguramente con otra calculadora: Las armas de fuego son todas distintas y sus balas producen estrías diferentes y singulares o individuales que permiten compararlas, cualquier serie policial nos lo enseña, pero no se hizo todavía la película que nos explique cómo es que las calculadoras pueden hacer otra cosa que dar idéntico resultado en las estrías de sus números.

18. *La* praxis*, siempre la* praxis

El crédito, mientras tanto, espera, como espera en consecuencia que se materialice la responsabilidad del Estado en el caso concreto. ¿Era esto así en 1958, 1959 cuando preparé mi tesis, en 1960 cuando la presenté? ¿Era así pocos años después, cuando GRACIELA REIRIZ publicó su libro sobre el tema?

¿Por qué no publiqué yo mi tesis?

No lo sé. Mis menores años de entonces no me tenían tan atento a la realidad, todavía leía con fruición fallos y leyes, aunque ya había aprendido a no leer demasiados libros de doctrina. Ese aprendizaje me sirvió desde luego para el futuro, y me sirve hasta el presente, cada vez más. Pero recuerdo lecciones de

la experiencia en mis primeros años de trabajo profesional en la administración pública, cuando mi maestro en la vida profesional, RAFAEL CASTRO VIDELA, me objetó afectuosamente haber preparado un proyecto de nota fuera del expediente, pidiendo informes a otra repartición. "No Gordillo, así no, que se queda con el expediente cargado y si el informe no le llega nunca no va a poder dictaminar. Mándelo con el expediente." Y agregó, haciendo un chiste, "A lo mejor no viene nunca más." El chiste se tornó realidad, el expediente no volvió nunca, nunca al menos mientras yo estaba en la administración pública.

No es esto tampoco una particularidad de nuestro país. Dice BRAIBANT en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* que al funcionario no le importa el fallo adverso que genere su conducta, porque la sentencia de condena no le llegará en su tiempo, él no será ya funcionario público en ese entonces. Amarga pero no menos triste verdad. Recuerdo también a nuestro amigo don ALEJANDRO NIETO, que hace casi tres décadas diera una brillante conferencia en Costa Rica hablando de la responsabilidad del Estado en la práctica, en el reino de España, explicar cómo allá otras realidades dan otras experiencias que también difieren de la teoría. En sentido en algún modo semejante, MAIRAL ha comparado hace años en forma verbal, pues no ha querido escribirlo, cómo influye la situación económica del individuo sobre la responsabilidad del Estado en la práctica. Ya sabemos desde CICERÓN y VON IHERING que en el derecho romano el indigente raramente tiene acceso a la justicia, y que hasta hoy las cautelares se dan sin contracautela al rico y poderoso, nunca al pobre y necesitado, que éste debe sí dar contracautela, precisamente por serlo, debiendo entonces ocurrir al clientelismo como hasta nuestros días. Yendo al otro extremo del diapasón cabe preguntarse retóricamente si uno imagina a Amalita Fortabat haciendo un juicio de responsabilidad del Estado.

Y recuerdo también, del mismo don ALEJANDRO NIETO, su libro acerca de *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, que mi querido y admirado amigo me diera el infinito privilegio de anotar. Allí, en uno de los puntos planteados por el autor, vimos un mismo problema desde dos ángulos diferentes: ¿Se trataba de una limitación del conocimiento, o de una limitación del objeto del conocimiento? La respuesta, probablemente, no exista. En el tema de este cap., creo que ambos coincidiríamos que es una limitación del objeto del conocimiento.

19. *¡Otra vez* da capo*!*

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ nos ha contado, hace decenas de años, que si la justicia dicta un acto responsabilizando al Estado, éste puede responder con un acto nuevo, que obliga a un proceso nuevo. Recuerdo un caso en que la CSJN condenó a una Provincia a pagar el monto determinado judicialmente por una expropiación de un establecimiento en marcha, que luego por supuesto quedó paralizado una vez en manos del Estado. El monto de la condena firme y definitiva superaba

el presupuesto anual de la Provincia, y habían pasado también varias décadas desde el hecho original, con otros funcionarios, otros gobiernos, otros actores, otros letrados. El daño ya estaba consumado en la década de 1940.

Me tocó a mí, hace más de tres décadas y media (he contado la prescripción antes de hablar), ser el genio del mal en esa ocasión, y en su consecuencia se dictó un nuevo decreto dejando sin efecto la expropiación y devolviendo el bien a su legítimo propietario, o más exactamente a sus legítimos herederos, por carecer de causa fáctica la expropiación. Mi consejo no consta por escrito, claro está, sólo pesa en mi conciencia. Era el sufrimiento de la experiencia relatada por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, puesta en acción: Ahora no era masoquismo, era sadismo.

Yo también fui pues parte de la inmensa maquinaria del Estado que aplasta la responsabilidad del Estado, a veces de manera ingeniosa, a veces de manera grosera, pero siempre injusta. ¿Cuál puede ser la justificación de alguien para así actuar en el momento? La de siempre: El gobierno no tiene la plata para pagar la condena, no puede materialmente pagarla, entonces hace lo necesario para al menos postergar en el tiempo el momento de pago, en lo posible para la siguiente administración cuando él ya no estará en el poder, como explicaba BRAIBANT de la jurisprudencia francesa.

Permítaseme extraer un ejemplo de la historia más antigua, obtenido de aquellos viejos tiempos de rata de biblioteca queriendo hacer una tesis sobre responsabilidad del Estado, financiado en 1958/9 por una beca de iniciación científica del CONICET de entonces. En la *Gazeta de Buenos Ayres*, en tiempos de la Colonia, consta que el Cabildo de Buenos Aires prohibió a un peluquero irse de la Colonia, porque era el único peluquero de Buenos Aires. Aclaro que lo publico desde hace años, reiteradamente, en este tomo 2, cap. VI, p. 37, § 5.2.6., "Un ejemplo colonial." Resulta ahora que en el año 2007 en una Provincia prohíben a dos anestesistas dejar la función pública para trabajar privadamente, porque hay pocos anestesistas en el hospital público. Algunos aplauden, DANIEL SABSAY se pregunta en cambio si el servicio público es entonces una forma de esclavitud para el funcionario. ¿De ese tipo de funcionario esclavizado quieren que él cumpla en sede administrativa una condena judicial por responsabilidad del Estado, sin temor, sin culpa, sin incurrir él mismo en responsabilidad?

20. *Otra vez la pintura*

¿Veis el lienzo en la pared? ¡Qué ricos parecen sus frutos! Pero no estiréis la mano, os quedaríais con el apetito sin saciar.

Anexo

Palabras leídas en las "Jornadas intercátedra de Derecho Administrativo sobre responsabilidad del Estado" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

En primer lugar agradezco vivamente la invitación a participar de esta brillante idea de las jornadas intercátedras para, entre todos, ayudarnos recíprocamente a pensar y repensar nuestra realidad actual y futura.

Para hacer en 1958/1959 mi tesis de casi seiscientas páginas sobre la responsabilidad del Estado, estudié todos los libros y artículos en todos los idiomas que conocía, y leí los índices y fallos de cada uno de los tomos de jurisprudencia de la CSJN, revisando tomo por tomo desde el tomo 1, y todos los tomos, también desde el primero, de las primeras leyes del congreso de la Nación cuando aún no sesionaba en Buenos Aires.

Es que tenía una beca *full time* de iniciación científica del organismo que precedió al actual CONICET y quería justificar materialmente mi tiempo, además de querer impresionar al futuro Jurado. Obtuve sobresaliente con recomendación para el Premio Facultad, pero jamás lo publiqué ni quise publicar. Por suerte el premio nunca fue discernido, pues funciona casi como la responsabilidad del Estado: Él tampoco existe y quizás nunca existió.

Cuando en mis primeros años de docencia, en 1959/1960, daba a los alumnos un cuestionario anónimo de evaluación de mi curso, donde tenía una entrada para que anotaran el tema que a su juicio **yo** había estudiado MENOS. Inexorablemente todos indicaban "Responsabilidad del Estado." Dado que, a la inversa, era el tema que yo había estudiado MÁS, decidí que debía cambiar de método.

De allí nació el germen de lo que décadas después sería el libro *El método en Derecho*. Por lo menos había descubierto cuál NO era el método. Al margen de la cuestión metodológica, el texto de la tesis nunca me satisfizo, y por eso quedó para siempre inédito. Ni siquiera lo incorporaré a lo que estoy llamando *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cuyo tomo 7, sobre alrededor de una docena, aparecerá próximamente.

En el año 2008 participé en esta Facultad en unas jornadas de homenaje a REIRIZ y elegí como tema "La responsabilidad del Estado en la práctica," diciendo y escribiendo lo que quizás hacía mucho sabía en mi inconsciente, pero nunca había escrito porque no había aún aflorado a mi conciencia.

Estaba tan profundo en mi inconsciente que ese mismo año, en las trigésimas jornadas nacionales de derecho administrativo de la AADA, en la Universidad Austral, elegí —sin saber que repetía el tema— **otra vez** "La responsabilidad del Estado en la práctica." Ni por un instante se me cruzó por la mente que me estaba repitiendo, que los dos títulos eran exactamente iguales. Mi inconsciente me los dictaba, mi conciencia se negaba a registrarlo.

Un gran amigo, CAMPOLIETTI, me sugirió que lo incluyera en el tratado y me recordó que tenía dos versiones publicadas. Corrí a cotejarlas para ver si no me había contradicho yo mismo, pero por suerte no había contradicciones, sí en cambio complementariedad y un poco de repetición. Armé una sóla versión y la publiqué en el tratado.

Recién después de todavía algo más de tiempo, ante el silencio de mis colegas o su afectuosa referencia a mi trabajo como el de "la Irresponsabilidad del Estado," caí finalmente en la cuenta de por qué mi libro de 1959 sería inédito para siempre: Su verdadera hipótesis o tesis, recién ahora aflorada a mi conciencia, era que **no** existía responsabilidad del Estado, en los términos y con los alcances que explico en ese capítulo y antes dije en dos charlas del mismo tenor, la primera en el aula magna de esta Facultad.

Eso tal vez lo supe siempre, pero no con la certeza del conocimiento público y notorio de **otro** hecho casi evidente: Que a los jubilados nunca les habían pagado bien sus haberes, desde antes de la segunda mitad del siglo XX.

Esta situación no sólo se mantiene sino que se mantendrá en futuros gobiernos, digan lo que digan las anteriores, la presente o las futuras Cortes Supremas. Lo digo con todo respeto a las instituciones, pues el fenómeno de la irresponsabilidad estatal se presentó en todo el mundo hace dos y más siglos. No es un dato nuevo y original de nuestra realidad, sino tan sólo el recordatorio o la marca de la ubicación histórica de nuestro derecho.

Un destacado economista argentino decía hace más de una década que las jubilaciones eran la "variable de ajuste" del sistema económico argentino. Pero no era ni es la única variable de ajuste, quizás sólo la principal, pues hay muchas más.

Ese futuro también lo anuncié, citando al mismo economista, en un artículo que publiqué al alba del siglo XXI, en el año 2001, que llamé "El Estado de Derecho en estado de emergencia," un título casi igual a uno escrito poco antes por LORENZETTI.

Aclaré el tema con él pero ya no tenía espíritu para seguir puliendo y mejorando la descripción de la realidad. Por eso, con su anuencia, se republicó inalterado, en

el libro dirigido por él, "Emergencia pública y reforma del régimen monetario," aparecido en el año 2002.

Otras realidades también me hostigaban, como las que publiqué bajo el título "Una celebración sin gloria," para los ciento cincuenta años de la Constitución argentina, en el 2003.

Ya en el siglo pasado, cuando salió la ley de las AFJP, me quedé en el sistema estatal de reparto y no hice ahorros voluntarios en el nuevo sistema no estatal que se creaba, porque sabía que terminaría como terminó, mal.

En el caso se trató finalmente de una confiscación votada por todos los principales partidos, con el mismo entusiasmo con que aplaudieron el repudio de la deuda externa y la consagración formal del *default* del que todavía no hemos salido, más la confiscación de Aerolíneas Argentinas, de Repsol e YPF, todo con masivo apoyo popular y votos de todo el arco iris en el Congreso de la Nación. El pueblo, con su voto, lo ha querido así.

El Estado está fundido, y aunque la deuda de bonos en *default* sea de sólo el 1 ó 2 por ciento del PBI, según dicen algunos (otros dicen 40% o más, sin contar la deuda interna) cuando la de Grecia es del 180% de su PBI, la sumatoria de todas las deudas internas las hacen materialmente impagables.

Como dijera con ácido humor Mairal antes de las elecciones que ganara Alfonsin, "el año que viene no elegimos Presidente, elegimos síndico de la quiebra." Sigue siendo verdad, lo hayamos internalizado o no.

Eso era a comienzos de la década del 80, en la entonces gigantesca aula "B" de la Facultad, poco después transformada en oficinas administrativas con funcionarios públicos en vez de estudiantes, así como hoy nos vemos en el aula verde en lugar del Aula Magna de la Facultad y nos veremos en próximas jornadas en la futura aulita celeste que en justicia nos corresponde pero aún falta habilitar.

Aparecen con todo gestos que indicarían que algo está cambiando. En lugar de confiscar, expropiar o intervenir METROGAS, compramos sus acciones por su valor de mercado, usando el privilegio del *first refusal*. Claro que ahora que es nuestra, aumentamos el gas como también aumentamos los impuestos internos locales a los derivados del petróleo, los peajes, las patentes, y siguen las firmas.

Este mes de diciembre parece que pagaremos a los tenedores de bonos el respectivo vencimiento, por eso han pegado un repunte en el mercado y el año que viene, con menores vencimientos, tal vez ofreceremos arreglar con los *holdouts* y *hedge funds* que ahora aquí todos llaman fondos buitres, aunque no sea ésa la denominación que reciben fuera de nuestras fronteras, cada vez más chicas.

El 17 de diciembre vence el segundo plazo que nos dió el Fondo Monetario Internacional para comenzar a sincerar los índices de actualización, lo que elevará el valor y el precio de la deuda pública ajustable por el INDEC.

No tenemos grandes vencimientos hasta el 2017, por lo que estos años intermedios habrá que emplearlos en recomprar —compulsivamente, por ley, acreditando

en la Caja de Valores su escaso valor de mercado— deuda barata, para después sincerarla, como hicimos con METROGAS.

Me duele vender por su valor de mercado los bonos que recibí por su valor nominal, por eso tal decisión me será más fácil de aceptar cuando la adopte el gobierno que sea: Es, después de todo, la aplicación del derecho administrativo, lo menos que puede pedir un administrativista.

También deberemos comenzar a pagar al Club de París, con el cual estamos en *default* total desde hace más de una década y para ello deberemos continuar aumentando los impuestos nacionales y locales, para pagar tanta deuda *defaulteada*.

Todavía hoy somos como decía Sarmiento en el 1800, "el gran deudor del Sur." ¿Dirá alguien que al Estado le queda plata para pagar la deuda interna que significa la "responsabilidad del Estado"?

Por supuesto, en buenos principios el Estado debiera ser responsable jurídicamente, pero como lo expliqué en el aula magna en el año 2008 en el homenaje a REIRIZ, y está escrito en el tomo 2 de mi tratado: En la práctica, casi no hay responsabilidad del Estado.

Por eso el proyecto de código civil dice que tal responsabilidad se regirá por el derecho administrativo, que de hecho es el gran derecho del poder frente a los particulares. Los reclamos de los tenedores de bonos provinciales defaulteados de una u otra manera, serán dilucidados conforme a las leyes locales. Es el *arrêt Blanco* al revés.

El siglo pasado, en 1982, publiqué un trabajo sobre el contrato de crédito público interno y externo, confrontando el derecho público interno con el derecho privado externo. Por ello no es nada inocente ni meramente académico que el proyecto de código civil sometido al Congreso de la Nación sostenga que la responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo y no por el derecho civil.

Mi artículo de 1982 tiene igual vigencia treinta años después. Son tantos los temas, que con mi amigo BRUNO DOS SANTOS los juntaremos en el tomo 7 de mi *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 7 que se denominará *El derecho administrativo en la práctica*: Todo un tomo, no ya alguno que otro capítulo. Allí trasladamos los capítulos en igual diapasón, en los ya muy abultados primeros cuatro tomos, y otros trabajos del mismo tenor, propios y ajenos.

En la materia optativa que con ese mismo título dictamos con BRUNO DOS SANTOS en la especialización, tenemos un caudal torrentoso, no de seiscientos ni de sesenta alumnos, sino de seis llaneros solitarios.

Sólo a seis graduados de la masiva y generosa especialización les interesa saber cómo nos parece a algunos que funciona en realidad el derecho administrativo. A los demás potenciales especialistas no les importa saberlo, o tal vez sospechen que no les diremos que el derecho administrativo anda "fenómeno," y que ese mensaje no lo quieran **ni escuchar**. Devaluaría su futuro título, como si fuera un bono del Estado.

Es como decía FREUD para el psicoanálisis, sólo al conocerse el enfermo a sí mismo se produce el *insight*, con el cual comienza la curación psicoanalítica. Y como dicen todavía hoy los psicoanalistas, el *insight* produce depresión, sí, pero sin esa depresión no hay curación.

Negarse a ver la realidad, en todo caso, es uno de los mecanismos inconscientes de protección del YO, igual que el poder curativo del olvido, como explicara Anna Freud.

Por eso durante más de medio siglo me fue imposible darme cuenta que la responsabilidad del Estado era irreal: Ahora, con el *insight*, comienza el proceso de curación.

Gracias a todos.

Capítulo XXXIII

UNA MIRADA CRÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS. UN CAMINO A RECORRER DESPUÉS DEL CASO "MOSCA"

Por Marcelo A. Bruno dos Santos

Sumario

1. Introducción 659
2. En la búsqueda de un fundamento para la responsabilidad del Estado por omisión y los casos *Zacarías* y *Mosca* 660
3. Una mirada crítica sobre la prestación del servicio de seguridad en el caso *Mosca* 663
   3.1. La naturaleza de la actividad 664
   3.2. Adopción de medios razonables para el cumplimiento del servicio de seguridad 667
   3.3. El lazo que une a la víctima con el servicio 668
   3.4. El grado de previsibilidad del daño 669
4. Conclusiones 670

Capítulo XXXIII

UNA MIRADA CRÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS. UN CAMINO A RECORRER DESPUÉS DEL CASO "MOSCA"[1, 2]

Por Marcelo A. Bruno dos Santos

1. *Introducción*

El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado ha concitado el interés de numerosos y prestigiosos autores en nuestro país.[3]

Por respeto a tan calificados trabajos y a la extensión concedida al presente artículo, recordamos muy sencillamente que de la jurisprudencia de la Corte Suprema se contempla un "perfeccionamiento"[4] en el reconocimiento de la res-

[1] Publicado originalmente en *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 aniversario, agosto de 2010, pp. 299-306.

[2] "Mas nadie se crea ofendido pues a ninguno incomodo— y si canto de este modo por encontrarlo oportuno— es para mal de nadie sino para bien de todos." (Hernández, José, *Martín Fierro*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina S.A., 1991, p. 206.)

[3] Barraza, Javier I., Responsabilidad extracontractual del Estado, Buenos Aires, La Ley, 2003; Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2006, 8ª ed. actualizada, Título Tercero; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., caps. XIX, XX y XXI; Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, e-book, 2006, 1ª ed.; Perrino, Pablo E., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio," *ED*, 185-781; Reiriz, María G., *Responsabilidad del Estado*, 1969, Buenos Aires, EUDEBA, 1969; Reiriz, María G., "Responsabilidad del Estado," en AA.VV., *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*, Jornadas sobre Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, v. 1, pp. 220-229.

[4] Este "perfeccionamiento" debe ser entendido, como bien señala Gordillo, como progreso "en información, en fallos, en publicaciones, pero no en la realidad: Los daños se siguen cometiendo y las indemnizaciones llegan cada vez menos y más menguadas a los perjudicados. Casi nadie se ve enteramente reparado de su daño, mucho menos en un tiempo razonable. Todos los tiempos son irrazonables y, como se verá, las sumas también." (Gordillo, *op. cit.*, cap. XXI, § 2, p. XXI-I.) Invitamos a los lectores a una lectura completa del citado capítulo XXI para comprender la realidad de la responsabilidad del Estado a partir de la experiencia de medio siglo del autor.

ponsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita a través de los casos *Devoto*, *Ferrocarril Oeste* y *Vadell*.[5]

Luego de un largo camino, a partir de la doctrina del fallo *Vadell* la imputación de responsabilidad del Estado ya no será indirecta sino directa por los actos o hechos de sus funcionarios que no son dependientes sino órganos de la administración (teoría del órgano), y el factor de atribución dejará de ser la culpa del agente para ser el funcionamiento irregular o defectuoso de la administración por acción u omisión (falta de servicio) que produce el daño.

En particular, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha sido restrictiva en el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisiones antijurídicas.

En efecto, existe en esta materia una tendencia limitada a reconocer la responsabilidad del Estado pues siempre subyace la idea de que es necesario adoptar soluciones que se ajusten a la realidad económica y parece injusto —en palabras de MACAREL— que el Estado se convierta en el eterno asegurador de todos los daños.[6]

2. *En la búsqueda de un fundamento para la responsabilidad del Estado por omisión y los casos* Zacarías *y* Mosca

La doctrina se ha mostrado dividida en su búsqueda de justificar normativamente la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en razón de sus omisiones antijurídicas ante la ausencia de una norma específica de derecho público que regule la materia.

En virtud de ello, los autores acuden, por vía de la analogía, a la aplicación de diversas normas contenidas en el Código Civil.

Por un lado, MARIENHOFF, CASSAGNE, MERTEHIKIAN, BARRAZA y LAMOGLIA se inclinan por la aplicación del art. 1074 del Código Civil al ámbito de la responsabilidad del Estado por sus omisiones antijurídicas.

MARIENHOFF señala que el art. 1074 establece el criterio general de atribución de responsabilidad extracontractual del Estado por omisiones ilícitas, mientras que el art. 1112 rige específicamente en los supuestos de omisiones de los fun-

[5] Ampliar en CASSAGNE, JUAN C., "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema," *LL*, 2000-D, 1219, y CASSAGNE, JUAN C., "Las tendencias actuales sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte," *RAP*, 326: 53.

[6] Aunque tal afirmación está referida en el caso de admitirse el lucro cesante por responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita en: MACAREL, "Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la Corte: el alcance de la doctrina del caso «Sanchez Granel,»" *LL*, 1989-D, 26. También ver: GAMBIER, BELTRAN, "Algunas reflexiones en tomo a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia," *LL*, 1990-E, 618, y GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Universidad, 1993, p. 147.

cionarios públicos por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas.[7]

CASSAGNE afirma que la responsabilidad estatal por un acto omisivo se determina cuando se configura una falta de servicio, concebida como una omisión antijurídica que se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita (art. 1074) y no de un deber genérico y difuso.[8]

MERTEHIKIAN comparte la solución basada en el art.1074, aunque, a su entender, ella no podrá abstraerse de la atribución subjetiva de responsabilidad que predomina en el sistema del Código Civil, por esa razón, la omisión debe ser cometida con dolo, culpa o negligencia en los términos de los arts. 512, 902 y 1109 del citado cuerpo legal.[9]

BARRAZA acude al art. 1074 para regular la responsabilidad del Estado por omisión, recordando que a partir del caso *Los Lagos* se admite la aplicación de los principios y normas del derecho civil al derecho administrativo, pero siempre haciendo las discriminaciones que impone la peculiar naturaleza de esta rama del derecho.[10]

LAMOGLIA sostiene que, cuando el Estado o sus entidades incumplen una obligación legal expresa o implícita (art. 1074) y no el mero deber administrativo genérico, se configura la omisión antijurídica, tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa.[11]

Desde otra vertiente, GORDILLO, GAMBIER, COVIELLO y COMADIRA (h.) sostienen que resulta aplicable el art. 1112 del Código Civil (falta de servicio) para fundar la responsabilidad del Estado por sus omisiones antijurídicas.

GORDILLO enseña que la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una "obligación de cumplir el hecho omitido" (art. 1074), sino a una "regular ejecución de las obligaciones legales" o "el ejercicio irregular de sus cargos" (art. 1677, Proyecto de 1998), lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado por una norma jurídica. En orden a clarificar su postura, señala que el criterio para juzgar la omisión de un

[7] MARIENHOFF, MIGUEL S., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud «omisiva» en el ámbito del derecho público," *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 18 a 20, Año 7, pp. 196-201.

[8] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. 1, *op. cit.*, pp. 503-505.

[9] MERTEHIKIAN, *op. cit.*, p. 198. Tal parecer es criticado por COMADIRA (h.) —cuya posición compartimos— al señalar que su razonamiento soslaya que la aplicación de las normas y principios del derecho civil no es, en principio, directa sino analógica, por ende, aún encuadrando el problema en el art. 1074 y no en el art. 1112, sería posible postular la teoría objetiva de la responsabilidad estatal por omisión (COMADIRA, JULIO P., "Algunas cuestiones que plantea la responsabilidad del Estado por omisión en el derecho administrativo argentino," en HERNANDEZ MENDIBLE, VICTOR (coord.), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, t. 3, Caracas, Ediciones Paredes. 2007, p. 2372.

[10] BARRAZA, *op. cit.*, pp. 123-124.

[11] LAMOGLIA, CARLOS M., "Responsabilidad del Estado por omisión," en BOTASSI. CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 397-398.

funcionario no es el del art. 1074 —obligación legal de hacerlo— sino el del art. 1112 —cumplir regularmente su función—. En ambos casos se trata de obligaciones legales, pero en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo caso se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada.[12]

GAMBIER, luego del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, estima que la omisión generadora de responsabilidad se encuadra dentro de la noción de falta de servicio que vincula la responsabilidad estatal con la noción de servicio público, por esa razón, es conducente analizar en cada caso concreto si los daños causados a los particulares se deben al funcionamiento irregular o defectuoso del servicio.[13]

COVIELLO considera que el art. 1112 da la solución para abarcar una amplia variedad de supuestos, que, por lo demás, han sido los que permitieron sustentar normativamente la responsabilidad estatal en el derecho argentino.[14]

Finalmente, COMADIRA entiende que lo relevante es el encuadre de la responsabilidad del Estado por omisión como una especie de responsabilidad extracontractual ilícita cuyo fundamento, según la doctrina de la Corte Suprema, es el art. 1112.[15]

Desde el plano jurisprudencial, en *Zacarías*[16] la Corte Federal analiza la responsabilidad extracontractual del Estado provincial en espectáculos deportivos desde el prisma de la falta de servicio, aunque omitió citar expresamente el art. 1112 del Código Civil.

En dicho decisorio el Alto Tribunal señaló que para determinar la existencia de una falta de servicio[17] —es decir "una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular"— se debe analizar ciertos extremos en el caso en concreto: a) La naturaleza de la actividad; b) los medios de que dispone el servicio; c) el lazo que une a la víctima con el servicio, y d) el grado de previsibilidad del daño.

Luego de establecer las referidas guías que nos permiten determinar si nos encontramos ante una falta de servicio, la Corte realizó un acotado análisis de

[12] GORDILLO, *op. cit.*, cap. XIX, § 7 , pp. XIX-13-15.

[13] GAMBIER, *op. cit.*, pp. 618 y 626.

[14] COVIELLO, PEDRO J. J., "La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal: en especial, la responsabilidad por actividad lícita, la responsabilidad por omisión y la responsabilidad judicial," *RAP*, 326: 522.

[15] COMADIRA, *op. cit.*, pp. 2372-2373.

[16] CSJN, *Zacarías*, 1998, *Fallos*, 321: 1125.

[17] Ello, por supuesto, excede a los supuestos de omisiones ilícitas en el ejercicio de la función. (Conf. VEGA, SUSANA E. y ROTAECHE, MARIA J., "La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso «Mosca,»" en AA.VV., *Responsabilidad del Estado. Jornada Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 302.)

las mismas en el caso para concluir que no se había configurado una falta del servicio de seguridad por parte de la policía local.

Con posterioridad, la Corte Suprema siguió profundizando en esta línea de pensamiento al reafirmar en el caso *Mosca*[18] que la responsabilidad extracontractual del Estado se trata de un juicio sobre la *prestación del servicio*, y no sólo volvió a reiterar las exigencias detalladas en *Zacarías* sino que realizó un estudio particular de dichos parámetros que la llevó a colegir la ausencia de una falta imputable a la Provincia de Buenos Aires.

En este sentido, concretamente puntualizó las pautas de caracterización de la falta de servicio por omisión, estableciendo dos clases de omisiones:[19] a) Las omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, y b) las omisiones referidas a aquellos casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.

3. *Una mirada crítica sobre la prestación del servicio de seguridad en el caso* Mosca

En la causa *Mosca* se ha probado que con fecha 30-XI-96 el actor condujo a un grupo de periodistas y fotógrafos hasta el estadio del Club Atlético Lanús, donde se llevó a cabo un partido de fútbol entre el conjunto local y el equipo del Club Atlético Independiente.

Habiendo el Sr. Mosca permanecido en las inmediaciones del estadio y faltando dos minutos para finalizar el evento deportivo, un grupo de simpatizantes del club local ingresó al sector de plateas bajas y comenzó a destrozar parte del piso, sillas y mampostería, arrojándolos a la cancha para tratar de impactar en los jugadores, árbitros y personal policial, lo que fue impedido por los efectivos policiales.

El actor fue alcanzado por un elemento contundente en el rostro —los autores de la lesión no pudieron ser identificados— siendo socorrido por unos policías que se encontraban dentro de un patrullero estacionado a unos dos metros de distancia, quienes lo trasladaron hasta una clínica de la zona.[20]

La Corte Suprema rechaza la demanda entablada contra la Provincia de Buenos Aires por no advertir una falta imputable capaz de comprometer su responsabilidad.[21]

[18] CSJN, *Mosca*, 2007, *Fallos*, 330: 563.

[19] Gordillo, *op. cit.*, cap. XIX, § 7, p. XIX-15, nota nº 48.

[20] CSJN, *Mosca*, 2007, *Fallos*, 330: 563, considerandos 3° y 6º.

[21] No queremos olvidarnos otro avance jurisprudencial de la Corte al responsabilizar a la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) —además del Club Atlético Lanús— por las lesiones ocasionadas al actor, en razón de ser la organizadora y beneficiaria del espectáculo deportivo. Por no ser objeto del presente trabajo, sugerimos la lectura de los siguientes artículos doctrinarios:

Adelantamos que lo que sigue será un análisis crítico[22] y respetuoso de las consideraciones tenidas en cuenta por el Alto Tribunal a la hora de examinar tales exigencias según los hechos del caso.[23]

3.1. *La naturaleza de la actividad*

La Corte Suprema analiza la naturaleza de la actividad, esto es el ejercicio del poder de policía por parte del Estado en la prevención de los delitos.

En el caso *Ruiz* sentó una doctrina que fuera aplicada *sin dobleces* por la Corte a numerosos casos para eximir al Estado de su responsabilidad en el ejercicio de su deber de seguridad ya sea, entre otros, por los perjuicios derivados de accidentes de tránsito ocasionados por animales sueltos en la ruta y de accidentes sufridos en el ferrocarril.[24]

En ese precedente sostuvo que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrado a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.[25]

Si bien en el fallo *Mosca* trae a la memoria la doctrina judicial del caso *Ruiz*, la Corte Suprema distingue la responsabilidad extracontractual del Estado por acción y por omisión y, luego, da un paso significativo al diferenciar: a) Las omisiones a *mandatos expresos y determinados* en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, y b) las omisiones referidas a aquellos casos en los que el Estado está obligado a cumplir una *serie de objetivos*

ALTERINI, ATILIO A., "La responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos (trascendencia social positiva del fallo de la Corte Suprema en la causa «Mosca»)," *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Buenos Aires, La Ley, Año IX, marzo de 2007, pp. 11-22; BORAGINA, JUAN C. / MEZA, JORGE A., "Responsabilidad por daños en espectáculos deportivos. La doctrina de la Corte Nacional," *JA*, 2007-II, 500; CASIELLO, JUAN J., "La Corte Suprema en el caso «Mosca» y las soluciones realistas en el tema de la responsabilidad por daños," *JA*, 2007-II, 508; CARRANZA TORRES, LUIS R., "La particular mecánica de la responsabilidad por daños en espectáculos deportivos," *ED*, 222-154; GARRIDO CORBOBERA, LIDIA M. R., "Mosca y la reparación de los daños con motivo de encuentros futbolísticos," *LL*, 2007-C, 118.

[22] Tal posición crítica está fuertemente inspirada en el profundo dolor que nos produce las 249 víctimas de violencia contabilizadas a lo largo de la historia del fútbol argentino. (Consultar en www.salvemosalfutbol.com)

[23] GORDILLO, AGUSTIN, *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1997, cap. V.

[24] CSJN, *Ruiz*, 1989, *Fallos*, 312: 2138; CSJN, *Sarro*, 1990, *Fallos*, 313: 1636; CSJN, *Bertinat*, 2000, *Fallos*, 323: 305, CSJN, *Colavita*, 2000, *Fallos*, 323: 318; CSJN, *Tossini*, 2000, *Fallos*, 323: 2982; CSJN, *Santillán*, 2002, *Fallos*, 325: 3023; CSJN, *Expreso Hada SRL*, 2002, *Fallos*, 325: 1265; CSJN, *Ferreira*, 2003, *Fallos*, 326: 608; CSJN, *Monteros*, 2003, *Fallos*, 326: 1530; CSJN, *Pohlmann*, 2003, *Fallos*, 326: 2706.

[25] Tal doctrina judicial tiene su antecedente en el caso *Sosa, Miguel Angel c/ Gobierno Nacional, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ cobro de pesos* de la Corte Suprema del 16-XII-82.

fijados por la ley solo de un modo *general e indeterminado*, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.[26]

En este último supuesto, sostiene que la determinación de la responsabilidad estatal por omisión a mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un análisis más exigente en donde se debe merituar los bienes jurídicos en juego y las consecuencias de la decisión a tomar en el conjunto de la comunidad.

En esta línea interpretativa, señala que el servicio de seguridad que debe prestar el Estado no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Escapa a la razón pretender que el Estado se encuentre obligado a brindar una protección ilimitada para evitar cualquier daño a los habitantes.

Sin embargo, creemos que primero debiera analizarse concretamente si nos encontramos frente a una omisión del deber de seguridad a mandatos jurídicos expresos y determinados o a mandatos jurídicos revelados de un modo general e indeterminado.

Respecto a la primera hipótesis, Vega y Rotaeche recuerdan que en los casos *Barreto*[27] y *Juárez*[28] la Corte realizó el estudio del régimen de seguridad pública que especifica las funciones y obligaciones del personal que la integra para determinar si se configuró el cumplimiento defectuoso del servicio de seguridad.[29]

Con motivo de espectáculos deportivos, el Estado tiene una fuerte y progresiva injerencia a la hora de brindar una eficiente seguridad a los asistentes —jugadores, árbitros, dirigentes, espectadores y demás personas que concurren al evento— pues es quien determina los estadios habilitados y las instalaciones que debe poseer, la calificación del riesgo del espectáculo, el número efectivos policiales para cada evento deportivo, la cantidad de policía adicional, los lugares de ingreso y egreso de las parcialidades local y visitante y la oportunidad en el egreso de cada una de ellas, etc., todo ello según las disposiciones legales y reglamentarias dictadas al efecto.

En el caso *Mosca* el Alto Tribunal determinó que nos encontramos en la segunda hipótesis pues, a su entender, se trata de una omisión imputada al Estado provincial referida a mandatos expuestos en una norma jurídica de un modo general e indeterminado.

Sin embargo, la Corte tampoco ha analizado concretamente cuáles son esos objetivos fijados por la ley de un modo general e indeterminado que condicionan

[26] Cabe aclarar que en los casos de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión de equinos, la Corte sostuvo que el incumplimiento de obligaciones determinadas es el único supuesto en el que podría configurarse la responsabilidad estatal por omisión. (CSJN, *Bianchi*, 2006, *Fallos*, 329: 4944; CSJN, *Cleland*, 2007, *Fallos*, 330: 2570, voto del juez Lorenzetti.)

[27] CSJN, *Barreto*, 2006, *Fallos*, 329: 759.

[28] CSJN, *Juarez*, 2007, *Fallos*, 330: 4113.

[29] Vega / Rotaeche, *op. cit.*, pp. 310-311.

la prestación del servicio de seguridad en espectáculos deportivos. No existe un deber de evitar todo daño, pero ese deber debe prestarse conforme a una serie de mandatos fijados de un modo general e indeterminado en el régimen de seguridad pública que no fueron revelados en la sentencia.

En tal sentido, el Estado ha llevado adelante una política de seguridad y organización de los espectáculos deportivos que se fue plasmando a través de un conglomerado de normas dictadas—en su mayoría— con posterioridad a los hechos acaecidos en el fallo *Mosca*.[30]

En una breve aproximación, en la Provincia de Buenos Aires se dictó la ley 11.929[31] que estableció el "Régimen Contravencional en los Espectáculos Deportivos," reglamentada por los decretos 4.463/97 y 797/00 y modificada por las leyes 12.407, 12.529 y 13.578. El Ministerio de Justicia y Seguridad es la autoridad de aplicación del citado régimen y sus objetivos son: a) La seguridad de los espectáculos deportivos en toda la Provincia de Buenos Aires; b) la protección de la vida, la integridad física, la salud y los bienes de las personas, con motivo o en ocasión de la organización, habilitación o desarrollo de todo espectáculo deportivo, y c) la adopción de las medidas necesarias para el logro de los referidos objetivos.[32] Y por decreto 420/02 se creó el Comité Provincial de Seguridad Deportiva (CO.PRO. SE.DE), en la órbita del citado ministerio, que funciona como órgano consultivo y de asesoramiento para la prevención de hechos de violencia.

Agregamos que en el orden nacional la Ley del Deporte Nº 20.655 establece que, a los efectos de la promoción de las actividades deportivas, el Estado deberá, por intermedio de sus organismos competentes, promover la formación y el mantenimiento de una infraestructura deportiva adecuada y velar por la seguridad y corrección de los espectáculos deportivos,[33] y por la ley 23.184,[34] modificada por las leyes 24.192 y 26.358, se plasmó el "Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos." Luego, por decreto 1466/97 se instituyó el "Régimen de Seguridad en el Fútbol," el Comité de Seguridad en el Fútbol y el Consejo Nacional para la Prevención de la Violencia y la Seguridad en el Fútbol. Finalmente, el decreto 159/03 creó el "Programa de Seguridad en los Espectáculos Deportivos," el decreto 1067/04 transfirió

[30] Esta política pública está fuertemente impregnada por el castigo de la violencia en los espectáculos deportivos, lo que demuestra su incapacidad para solucionar problemas enraizados en prácticas socio-culturales. En este sentido, se ha dicho que "[l]as formas culturas que sustentan la violencia en el fútbol no pierden su legitimidad por ser ilegales. Para ejemplificar, no podemos dejar de mencionar que la cúpula de la «barra brava» de River y Boca están presos (parece que las leyes funcionan), pero no puede lograr que otras doscientas personas quieran ocupar el lugar vacante de esos líderes. El estado tiene un rol ausente en la reconstrucción de los valores que legitiman la violencia en el fútbol." (Garriga Zucal, José, "El rol del Estado entorno a la violencia en el fútbol," en www.salvemosalfutbol.com/investigaciones.htrn)

[31] Ley 11.929, B.O. 20-I-97.

[32] Art. 25 de la ley 11.929, sustituido por el art. 6° de la ley 12.529.

[33] Ley 20.655, B.O., 8-IV-74, art. 3º, incs. *f)* y *k)*.

[34] Ley 23.184, B.O., 25-VI-85.

la Secretaría de Seguridad Interior y el citado programa del ex Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos al Ministerio el Interior, y el decreto 1697/04 erigió la Subsecretaría de Seguridad en los Espectáculos Futbolísticos en la órbita de la Secretaría de Seguridad Interior del Ministerio del Interior.[35]

Si bien el Estado no tiene un deber de evitar todo daño, es quien ha asumido la loable tarea de brindar seguridad a los concurrentes del evento deportivo de conformidad con el mandato impuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, la que deberá ser desempeñada de manera acorde a los lineamientos fijados en la normativa aplicable.

Por lo tanto, el análisis de la responsabilidad estatal por omisión a mandatos jurídicos indeterminados debería ponderar las referidas condiciones que modulan la prestación del deber de seguridad en ocasión de espectáculos deportivos pues, de lo contrario, podría incurrirse en una interpretación complaciente con un servicio de seguridad deficiente que pone en peligro, nada menos, que la vida, la salud y la integridad de las personas.

3.2. *Adopción de medios razonables para el cumplimiento del servicio de seguridad*

Del análisis que realiza la Corte de los medios que dispuso la policía para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio surge que se destinó cuatrocientos noventa y nueve efectivos policiales complementados con doce patrulleros, un ómnibus y un celular; policía adicional, y personal del comando de patrullas encargado de hacer las recorridas por las cercanías de la cancha.[36]

Marienhoff señala que el ejercicio del poder de policía no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud, pues estos aspectos dependen ya sea del lugar, del objeto o índole de la actividad, o de las personas, en fin, dependen de las circunstancias específicas del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder de policía es contingente, circunstancial, no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones, varía o puede variar según el supuesto de que se trate.[37]

Consideramos que no alcanza con consignar la cantidad de efectivos policiales, los recursos materiales que disponían y los lugares que eran custodiados para determinar la inexistencia de una falta de servicio.

De la prueba colectada en la causa no surge que la policía local haya dispuesto los medios razonables para el cumplimento del servicio de seguridad de acuerdo a las específicas circunstancias de modo, tiempo y lugar que presenta el caso.

[35] Integran este plexo normativo las resoluciones del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos Nº 1105/08 y 838/09.

[36] Hay que valorar en el caso que el Estado provincial no ha alegado la insuficiencia de medios para la ejecución del servicio.

[37] Marienhoff, *op. cit.*, p. 212.

Concretamente, no consta cuantos asistentes aproximadamente se hicieron presentes en el evento deportivo, para determinar si los medios adoptados por la policía fueron los necesarios para brindar razonablemente un adecuado servicio de seguridad. Tampoco se ha consignado que cantidad de personal policial estaba destinado a custodiar las adyacencias del estadio y los recursos materiales con que contaba, pues fue en la vía pública donde el actor sufrió el impacto de un objeto contundente presuntamente arrojado desde las plateas del estadio.

No obstante ello, hay que destacar que la disponibilidad de una mayor cantidad de medios no significa que el operativo policial sea el adecuado para brindar seguridad a los participantes del evento deportivo.[38]

Ello nos conduce a estudiar los *estándares de rendimiento medio del servicio* de que se trate, para cuya determinación deben ponderarse factores que varían en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos.[39]

Como no existe un régimen específico que precise los niveles mínimos de calidad del servicio, son los jueces quienes deben fijar esos estándares medios exigibles según la experiencia, etc., a los cuales la administración deberá ajustar la prestación del servicio para que no sea condenada por los daños que ocasione.[40]

No se trata de que el Estado se haga cargo de todos los riesgos, sino que sea responsable cuando el servicio prestado en los espectáculos deportivos supere los límites impuestos por los estándares de seguridad razonablemente exigibles.

Resumiendo, el Alto Tribunal no ha realizado un estudio exhaustivo de los medios razonables dispuestos ni un análisis de que el servicio fuera respetuoso de las pautas preestablecidas por la experiencia, para asegurar el cumplimiento diligente del servicio de seguridad pública.

3.3. *El lazo que une a la víctima con el servicio*

La Corte Suprema señala que el actor no es el titular de un derecho subjetivo pues, al tratarse el servicio de seguridad de un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos, sólo tiene un interés legítimo —a diferencia de

[38] Un simple ejemplo demuestra la corrección de tal aserto en espectáculos futbolísticos: LUGONES señala que en el año 2006 en la Provincia de Buenos Aires se utilizaba en primera división un efectivo policial cada 27 espectadores, y en la categoría con mayor índice de violencia, que era la "B" metropolitana, la proporción era de un efectivo cada 17 espectadores, por lo que concluye que la cantidad no es eficacia ya que influyen muchos factores que desencadenan hechos violentos. (Lugones, Gustavo, "Hacia un sistema preventivo e inclusivo en la seguridad del fútbol," en Roffe, Marcelo / Jozami, José (compiladores), *Fútbol y violencia*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2010, pp. 54-57.)

[39] Garcia de Enterria, Eduardo / Fernandez, Tomas R., *Curso de Derecho Administrativo*, con notas de Agustín Gordillo, t. 2, Buenos Aires, Thomson Civitas - La Ley, 2006, 1ª ed., pp. 394-396; Perrino, *op. cit.*, p. 797.

[40] Sesin, Domingo J., "Responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba," *RAP*, 326: 541.

un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente— subjetivamente indiferenciado a la seguridad.

Tradicionalmente las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo se utilizaron para determinar restrictivamente quienes tenían legitimación para impugnar un acto u omisión de autoridad pública ante los tribunales de justicia. Por cierto, los titulares de un interés legítimo son tenidos por parte en el procedimiento administrativo, pero no podían acudir a la vía judicial para cuestionar un acto administrativo.

Más allá de las numerosas críticas que progresivamente fueron vertidas por la mayoría de la doctrina conforme diferentes motivos, estas categorías fueron superadas por la introducción de los derechos de incidencia colectiva en el art. 43 de la Constitución de 1994, que aparecen como noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.[41]

Con buen tino, VEGA y ROTAECHE señalan que parecería que la Corte ha reeditado las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo no para limitar el acceso a la jurisdicción sino para desestimar la pretensión de fondo, al sostener que la existencia de un derecho subjetivo aumentaría la posibilidad de obtener una reparación estatal por la falta de servicio, mientras que la existencia de un interés legítimo reduciría la posibilidad de obtener esa reparación. Quizás hubiera bastado, como señalan las autoras, con analizar si en el caso existía o no un derecho a la seguridad que fuera violado con la omisión policial.[42]

3.4. *El grado de previsibilidad del daño*

La Corte Suprema sostiene que el servicio de seguridad comprometido en el caso funcionó correctamente, pues la previsibilidad del daño debe medirse según la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas.

El Código Civil, aplicable por analogía en esta materia, acoge el criterio de la causalidad adecuada —incorporado por la reforma de la ley 17.711, en el art. 906— que requiere realizar un juicio acerca de la probabilidad o previsibilidad del daño en el caso, es decir, que el efecto es resultado de un acontecimiento que ordinariamente era esperable.[43]

En concreto, la Corte Federal afirma que la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece (arts. 901 a 906 del Código Civil) en virtud de dos argumentos: a) Los efectivos policiales impidieron que los trozos de mampostería arrojados por simpatizantes locales desde las plateas hacia el campo de juego impactara en los jugadores, árbitros y personal policial, y b) el actor fue socorrido por unos policías que se encontraban dentro de

[41] GORDILLO, *op. cit.*, cap. II, § 1, p. II-3 y cap. III, §4, pp. III-14-15.

[42] VEGA y ROTAECHE, *op. cit.*, pp. 316-318.

[43] CASSAGNE, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte," *op. cit.*, p. 73; GOLDEMBERG, ISIDORO H., "El principio de causalidad adecuada en un esclarecedor fallo," *JA*, 1997-II, 191.

un patrullero estacionado a dos metros de distancia en el momento del accidente, que lo trasladaron hasta una clínica de la zona.

La reiteración constante de hechos de violencia en las inmediaciones del evento deportivo, ya sea de quienes participan del mismo o de los vecinos que viven próximos al estadio —que son de público conocimiento— demuestra que no es posible sostener la imprevisibilidad de tales acontecimientos.

Según las estadísticas, en las décadas del 80 y 90 se registran la mayor cantidad de pérdidas humanas por hechos de violencia en los estadios deportivos.[44]

En el caso, no se advierte cuál fue el accionar del personal policial encargado de brindar seguridad en las adyacencias del estadio ni porqué los agentes que se encontraban en un patrullero estacionado a tan sólo dos metros del actor en el momento del accidente no realizaron la tarea de prevención necesaria a los efectos de evitar el triste desenlace. Parece razonable haber exigido que dichos efectivos hubiesen adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar los daños causados al actor.

Por ello, resulta cuestionable que el servicio de seguridad haya aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a la índole de la actividad requerida, lo que importaría la configuración de una falta de servicio que compromete la responsabilidad del Estado provincial.

4. *Conclusiones*

El caso *Mosca* constituye un progreso jurisprudencial de nuestra Corte Suprema al profundizar en el análisis de ciertos parámetros que permiten determinar si se configuró una falta de servicio que compromete la responsabilidad del Estado.

El Alto Tribunal ha sostenido que la *seguridad* debe ser "entendida como un valor *que debe guiar la conducta del Estado* así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución, es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: La vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos."[45]

Desde esta directriz constitucional, creemos que el citado fallo —aun cuando la suerte del Estado provincial pudo ser distinta según las consideraciones realizadas— es un eslabón más en el camino hacia la responsabilidad plena del Estado en el cumplimiento del deber de seguridad en espectáculos deportivos.

Es de esperar que la prestación de un servicio de seguridad deficiente por parte del Estado sea condenada por los tribunales a costa —muy a pesar de todos— de los siempre escasos recursos públicos, de manera que las sentencias

[44] LUGONES, *op. cit.*, p. 52.

[45] CSJN, *Mosca*, 2007, *Fallos*, 330: 563, considerando 10. La cursiva nos pertenece.

se constituyan en un fuerte mensaje para todos los actores sociales implicados de que la conducta del Estado será reprobada si no cumple la función asignada con eficiencia.[46]

En definitiva, consideramos que el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos de violencia en los eventos deportivos redundará en una más adecuada prestación del servicio de seguridad y, por ende, en una mejor protección de la vida, la integridad física y la salud de las personas.

[46] Según un trabajo del CELS "de los 217 muertos en los estadios argentinos entre 1924 y 2003 la policía carga con la responsabilidad absoluta en 28 casos (en ellos un funcionario policial fue autor directo de la muerte) y con responsabilidad compartida en otros 71 casos (ya sea por omisión de los deberes de funcionario público, complicidad policial con los ejecutores de las muertes o negligencia policial entre las causas de la muerte). Es decir […] más del 50% de las muertes en los estadios argentinos tiene que ver con la represión y el accionar policial." (Consultar en www.cels.org.ar)