

### *Capítulo III*

## BASES POLÍTICAS, SUPRACONSTITUCIONALES Y SOCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### I. Bases políticas<sup>1</sup>

#### *1. Libertad y autoridad en el derecho administrativo*

El derecho administrativo es por excelencia la parte del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. “Estado e individuo, orden y libertad: la tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble;”<sup>2</sup> pero aunque admitamos la posibilidad de un equilibrio entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una difícil y delicada tarea. Hay mucha gente inclinada a construir, no un equilibrio, sino un sistema al servicio del poder. Hay, también, muchas personas sirviendo al poder de turno desde el campo de la “doctrina.” Cuando llegan gobiernos autoritarios ello es en parte el resultado de las falencias doctrinarias: los autores tenemos nuestra cuota de responsabilidad.

La historia registra primero el despotismo estatal sobre los individuos; luego y como reacción, la exacerbación de los derechos del individuo frente a la sociedad; por fin y como anhelo, el equilibrio razonado de los dos elementos esenciales del mundo contemporáneo libre: individuo y sociedad, individuo y Estado. Pero ese equilibrio que se anhela es inasible: lo que para unos representa la cómoda solución de la tensión es para otros una sumisión o un atropello; esa incertidumbre tiende a resolverse en un autoritarismo constantemente revivido. Es necesario, así, buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizarán las tensiones y contraposiciones del individuo y el Estado. Ese equilibrio primario es equilibrio espiritual y político, es sensibilidad jurídica y también humana; es

<sup>1</sup> Comp. NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, D.F., F.C.E., 1995, pp. 11-7.

<sup>2</sup> HAAS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, p. 7.

preocupación constante por llenar no sólo formal sino también sustancialmente los requerimientos de la justicia.

## 2. *Teorías estatistas del derecho administrativo*

En este aspecto puede encontrarse a menudo variados reflejos de una cierta insensibilidad política y humana hacia la justicia. Cuando el que analiza la controversia concreta entre un individuo y el Estado se deja llevar por la comodidad de la solución negativa para el primero; cuando en la duda condena, resolviendo en contra del particular; cuando en la dificultad del problema jurídico se abstiene de ahondarlo y lo resuelve favorablemente al poder público; cuando crea, prohija y desarrolla supuestas “teorías” que sin fundamento ni análisis dan éstos y aquéllos poderes al Estado o sus licenciatarios monopólicos; cuando niega los argumentos que reconocen un ámbito de libertad; cuando se inclina hacia el sol de los poderosos, entonces está destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: La protección de la libertad humana.<sup>3</sup>

Más lamentable aun es que esas actitudes no suelen ser desembozadas: nadie dice abiertamente que el Estado lo es todo y el individuo nada. Incluso es posible que se exprese con vehemencia acerca de los “abusos” de los poderes públicos y del “respeto” a las garantías individuales... ¿Pero de qué valen esas declamaciones, si cuando se trata de dar una solución a un problema concreto —a una pequeña cuestión que no decide la vida o la muerte de un individuo, pero que entraña un verdadero conflicto entre autoridad e individuo—, se olvidan las declaraciones y se resuelve fácilmente que *ese* individuo en *ese* caso no tiene razón? ¿De qué valen aquellos “principios,” si luego en cada materia y cuestión de detalle se los olvida, se los contradice, se los destruye? Este es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho administrativo, a tal punto que ese desbalance a favor del poder y en contra del ciudadano parece tipificante del derecho administrativo viviente.<sup>4</sup>

## 3. *Orientación a seguir*

El equilibrio político, la sensibilidad jurídica, no se satisfacen con nuevas palabras sobre la libertad; deben ser el *leit motiv* de todo lo que se piensa y resuelve sobre derecho administrativo; deben ser la preocupación constante del jurista, no sólo en los grandes problemas institucionales, sino también en los pequeños y a veces tediosos problemas diarios.

<sup>3</sup> Como dice BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 117: “Esta rama del Derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos;” “la delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho Administrativo.”

<sup>4</sup> Al cuestionar igual desbalance en el derecho penal, se dice de su “administrativización”: ZAFFARONI, EUGENIO R., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 35, IV, p. 511.

¡Cuántos temas, llamativos o áridos, esconden solapadamente ese profundo desequilibrio! Probablemente pasarán siglos antes de que se los aísle y corrija; o tal vez ello no sucederá nunca; pero debe quedarnos al menos el principio rector, la preocupación constante, por insuflar ese equilibrio y esa justicia en toda cuestión que involucre una relación individuo-Estado; por revisar con criterio profundamente crítico, con la metódica duda cartesiana, los fundamentos y soluciones de cada institución o diminuta cuestión a la que nos toque abocarnos, con la atención alerta para descubrir y cauterizar esos desvíos y resabios que constituyen el trasfondo y la raigambre de la enfermedad social y política argentina.

Y encontraremos así que muchas veces es posible dar soluciones más jurídicas y más técnicas, incluso desde el punto de vista positivo, para controversias que un errado enfoque político había distorsionado y oscurecido.

#### 4. *La división de los poderes y el derecho administrativo*

También es importante advertir acerca de la fundamental importancia política que tiene la interpretación que se asigne a la primigenia teoría de la división de los poderes, frenos y contrapesos, etc. Ella fue concebida como “garantía de la libertad,” para que “el poder contenga al poder” a través del mutuo control e interacción de los viejos tres grandes órganos del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial.

Hoy en día se busca la *fractura* del poder, para que nadie lo pueda volver a reunir en una única mano; por ello se agregan más órganos constitucionales independientes.<sup>5</sup> Eso cuesta mucho en países caudillistas como el nuestro, como lo prueba constantemente la historia.<sup>6</sup> Sin embargo, es muy frecuente que la teoría se distorsione y que la práctica no ofrezca sino una versión devaluada de la división de poderes, en el mejor de los casos, un poder hegemónico, en el peor; por ello es necesario preguntarse cuál es realmente el equilibrio previsto en la Constitución, qué es lo que ocurre en la realidad y cuáles son las tendencias que debemos seguir o evitar. A ello nos referimos a continuación.

##### 4.1. *Equilibrio teórico de los poderes*

Pues bien, el sistema de la división de poderes previsto en nuestras Constituciones está en principio contemplando un determinado equilibrio. En ese equilibrio —que no es necesariamente igualdad— la jerarquía relativa de los poderes

<sup>5</sup> El Defensor del Pueblo de la Nación, el Ministerio Público Fiscal, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, los entes reguladores de servicios públicos privatizados. Por las razones que explicamos en el cap. I no vemos la conveniencia ni necesidad de emplear la terminología de “órganos extrapoderes,” que algunos autores utilizan y que luego dan lugar a seudoconfusiones como las que explica PULVIRENTI, ORLANDO D., “Aria a la designación de jueces,” en *LL, Suplemento Administrativo*, 9 de febrero de 2009, pp. 15-20.

<sup>6</sup> Ver SNOW, PETER y MANZETTI, LUIGI, *Political Forces in Argentina*, Westport, Connecticut, Praeger, 1995, 3ª ed., cap. II y ss.

puede ubicarse a nuestro juicio y siempre con referencia a lo dispuesto en la Constitución, de la siguiente manera: el Poder Ejecutivo está supeditado al Poder Legislativo y el Poder Legislativo al Poder Judicial.

Ello es así por diferentes razones: en primer lugar, la supremacía constitucional del Legislativo sobre el Ejecutivo se evidencia por lo menos a través de una triple preeminencia del Poder Legislativo:

*a)* Dispone qué es lo que el Poder Ejecutivo puede o no gastar, en la ley de presupuesto; *b)* dispone qué es lo que debe hacer o no, en el marco de toda la legislación que le puede dictar para regir la vida administrativa; *c)* si no está satisfecho con su gestión lo puede remover mediante el juicio político; *d)* aunque el Poder Ejecutivo puede vetar una ley del Congreso, éste puede de todas maneras insistir en su sanción con una mayoría determinada y en tal caso la facultad de veto del Poder Ejecutivo cesa. La última decisión en esta relación Parlamento–Ejecutivo la tiene siempre, en el marco de la Constitución, el Poder Legislativo.

A su vez la subordinación del Poder Legislativo al Poder Judicial deriva de que el segundo tiene la atribución de declarar antijurídicas, por inconstitucionales, las leyes del Congreso, mientras que éste no tiene atribución alguna para rever las decisiones de aquél. Tanto es ello así que existe un aforismo de acuerdo al cual “La Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es”: estando en manos del Poder Judicial en el orden interno la interpretación final, indiscutible, del sentido y alcance de las normas constitucionales, es obvio que es el Poder Judicial el que tiene, en el sistema constitucional, primacía sobre el Poder Legislativo.

No altera esta conclusión la circunstancia de que sea el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado el que designe a los jueces de la Corte Suprema, porque en épocas normales —que son las que la Constitución contempla— la estabilidad de los magistrados hace que la designación de uno u otro juez en los cargos vacantes tenga efectos sólo a largo plazo, modificando quizás las interpretaciones vigentes del orden jurídico luego de algunos años, cuando quienes los nombraron no están ya seguramente en sus cargos. Por lo que hace a los efectos inmediatos de la designación de magistrados en la vida política, ésta es usualmente mínima, por la composición colegiada de los tribunales superiores. Los efectos a largo plazo pueden alterar el curso de la jurisprudencia pero no la relación efectiva Poder Judicial-Poder Legislativo-Poder Ejecutivo. La designación del resto de los jueces por intermedio del Consejo de la Magistratura es un importante progreso en la materia, desde luego, cuando no tiene preeminencia el poder político como, lamentablemente, ocurre en la realidad actual.

#### 4.2. *Desequilibrio real*

Aquel equilibrio previsto en la Constitución no es entonces el que funciona en la práctica ni tal vez haya funcionado nunca realmente así. Por una serie de

circunstancias sociales y políticas, el Poder Ejecutivo no está sometido al Poder Legislativo sino que éste depende de aquél:

a) Dado que los nombramientos de funcionarios públicos los hace el Poder Ejecutivo y que una parte lamentablemente importante del éxito político de los parlamentarios la hace su habilidad para obtener retribuciones y puestos para sus afiliados y sostenedores, resulta que cada parlamentario está por lo general solicitando del Ejecutivo el nombramiento de algún amigo o correligionario, en la administración pública, con lo cual el legislador se coloca en posición de peticionante más o menos sumiso al Ejecutivo de quien solicita el favor graciable del caso.

b) Puesto que el Presidente de la República suele ser, formal o informalmente y salvo pocas excepciones, la cabeza visible del partido gobernante, los diputados y senadores no pueden tampoco tomar una actitud muy firme de control, con el temor de perjudicar su carrera política.

c) El Ejecutivo, que cuenta con medios de publicidad que no están en igual grado al alcance de los legisladores, logra usualmente crearse una imagen más popular en la opinión pública que la de los legisladores individualmente o del Parlamento en conjunto. Esta imagen popular presiona a su vez en favor del Ejecutivo y sus obras reales o presuntas y en contra del Congreso, destacando siempre más los errores y deficiencias del segundo que los del primero. La justicia ha resuelto con todo acierto que la publicidad oficial al menos se divida razonable y no arbitrariamente entre los distintos medios, tratando de impedir una forma de censura administrativa a la prensa independiente. Pero ello no alcanza a modificar el fondo de la cuestión, que es el arma publicitaria en manos del gobierno.

Además, la posición del Poder Judicial se halla por lo general bastante deteriorada, en primer lugar, a nuestro entender, por su propia culpa: Los jueces suelen entender, con desacierto, que tienen una cierta responsabilidad política en la conducción del gobierno y bajo esa impresión juzgan muy benévola los actos de éste, entendiendo así cooperar con él. De este modo no sólo dejan de ejercer su función, que no es gobernar sino juzgar de la aplicación del derecho a los casos concretos, sino que también pierden poco a poco criterio rector en lo que debiera ser su atribución específica. El Ejecutivo, lejos de agradecerle esa supuesta colaboración, pasa entonces a suponer que no está sino haciendo lo que debe y se llega así a que en los pocos casos en que el Poder Judicial se decide finalmente a sentar su criterio jurídico, esto es poco menos que motivo de escándalo público y el Ejecutivo será el primero en protestar por una supuesta “invasión” de sus “atribuciones,” que desde luego no es tal. Por si esto fuera poco, el Poder Judicial también limita su propio control de constitucionalidad de las

leyes, inventando principios tales como los de que no puede juzgar “en general” dicha inconstitucionalidad, sino sólo en los casos concretos y con efectos restringidos a esos casos; de que sólo declarará la inconstitucionalidad cuando ésta sea “clara y manifiesta,” como si no fuera su deber declararla cuando existe, sea o no manifiesta, etc. Como resultado de todo esto, el equilibrio originariamente contenido en la Constitución para los tres poderes se halla profundamente alterado, incluso dentro de un gobierno *de jure*<sup>7</sup> y se pasa de una jerarquía: Poder Judicial–Poder Legislativo–Poder Ejecutivo, que sería la correcta, a una exacta inversión; el orden de prelación relativa será ahora Poder Ejecutivo–Poder Legislativo–Poder Judicial.

#### 4.3. *Criterio rector a adoptarse*

Es necesario, pues, tener presente que la crisis del Congreso argentino con sus consecuencias ya vistas, da por resultado un falseamiento del principio de la división de los poderes, que lo lleva a un extremo peligroso para el mantenimiento de las libertades, que tiene por función proteger. Por ello, cuando se trata de adoptar alguna actitud ante dicha crisis, esa actitud no podrá ser la de acentuarla, despojando al órgano legislativo de las atribuciones que no ha ejercido correctamente y dándoselas al Poder Ejecutivo; si lo hiciéramos, estaríamos disminuyendo aun más la división de poderes y con ella la libertad. Sin división de poderes y libertad no sólo no habrá Estado de Derecho, sino que tampoco habrá Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho alguno. Por ello, si queremos llegar al Estado de Bienestar<sup>8</sup> debemos hacerlo a través del Estado de Derecho y si encontramos que en éste funciona mal uno de los poderes que lo condiciona, lo que debemos hacer es corregir sus defectos para que funcione bien y no acentuarlo aun más. Si no lo hiciéramos así, llevaríamos el desequilibrio a su punto máximo. Es nuestro deber, entonces, tratar de mejorar el equilibrio institucional y solucionar la crisis del Congreso o de la justicia fortaleciéndolos y a la inversa, parcelando el poder administrativo en entes reguladores independientes.<sup>9</sup> Debemos independizar más y más funciones para asegurar la continuidad democrática y quitarle traumatismo al cambio de la figura presidencial.

### 5. *Del sistema de frenos y contrapesos a la fractura del poder como control*

#### 5.1. *La transferencia y fractura del poder como control*

Si tomamos como punto de partida la teoría de MONTESQUIEU, el control del poder se logra por su división entre distintos órganos, no para aumentar la eficacia

<sup>7</sup> Y con mayor razón, por supuesto, si se trata de un gobierno de facto, o de un gobierno que nació democráticamente pero luego se comporta autoritariamente.

<sup>8</sup> U otra denominación cualquiera con la cual se quiera expresa la acción del Estado para mitigar los problemas sociales: No se trata de una cuestión terminológica. Ver *infra*, sección III.

<sup>9</sup> Nos remitimos al cap. XV de este t.

del Estado, sino para limitarla poniendo límites a su accionar: “que el poder detenga al poder.” En el mundo actual, es el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra nueva Constitución ahora profundiza creando diversos órganos nuevos de control, redistribuyendo poder entre órganos existentes y creando mecanismos nuevos que también importan formas de control en uno u otro tipo de órgano. A su vez, la clave de la democracia norteamericana —la más vieja del mundo en funcionamiento continuo— es, según el profesor PETER SCHUCK de la Universidad de Yale, la fractura del poder: que nadie pueda controlarlo todo. De allí la necesidad de traspasar el poder regulador en sede administrativa a entidades o autoridades regulatorias independientes, con procedimientos públicos de selección de sus directorios que garanticen idoneidad y con estabilidad,<sup>10</sup> imparcialidad, participación de los usuarios<sup>11</sup> y de las Provincias, procedimientos de audiencia pública,<sup>12</sup> etc. Como siempre, la vivencia efectiva de una norma y de un sistema institucional depende de la sociedad y su opinión pública y no será de extrañar que así como instituciones iguales han funcionado diferente en uno y otro país, ocurra lo mismo con el sistema de transferencia y fractura del poder. Por de pronto, el Congreso de la Nación se encuentra en una mora extraordinaria para aplicar la caducidad de la legislación delegada con anterioridad a la reforma de 1994, cuyo plazo constitucional incumplió durante ya quince años, pretendiendo a la inversa prorrogar lo improrrogable, que es la caducidad de pleno derecho que la Constitución en su momento dispuso y hasta el presente no se ha aplicado, por culpa en primer del Congreso y en segundo lugar de la justicia al no declarar la inconstitucionalidad de tales leyes.

### 5.2. *Viejos órganos, nuevos procedimientos*

En los órganos tradicionales del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial aparecen nuevos mecanismos de control que perfilan de distinto modo a cada órgano.

### 5.3. *Control del poder económico*

La Constitución es clara en instituir la tutela de los derechos de usuarios y consumidores frente a monopolios naturales o legales (art. 42), como así también de los vecinos respecto al medio ambiente (art. 41) y demás derechos de incidencia

<sup>10</sup> Cuyo mandato no coincida, a su vez, con la renovación presidencial. Debe evitarse que sea un botín de la victoria electoral y que sus directivos no sean entonces sino modestos servidores de la administración central. Es ésta una deuda que tenemos en sucesivos gobiernos.

<sup>11</sup> Ver CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5; “Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003.

<sup>12</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” t. I, pp. 592-3; ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO MARCO, “Audiencias públicas: Sólo para entendidos”, *LL, S/JDA*, 17-V-2007, p. 1.

colectiva (art. 43): es un mecanismo de control no ya solamente del poder político sino también del poder económico. Al poder político de la administración concedente se le quita poder de control y el poder de dictar a los individuos normas por delegación legislativa, normativa que se transfiere a los órganos independientes de control del poder económico (art. 42) y a la sociedad a través de mejores mecanismos judiciales, como indicaremos a continuación.

## 6. Las transferencias de poder y control

### 6.1. Estatales

#### 6.1.1. Autoridades independientes

Se ha producido también una importante transferencia de poderes hacia nuevas autoridades independientes, de rango constitucional: el Defensor del Pueblo de la Nación,<sup>13</sup> la Auditoría General de la Nación,<sup>14</sup> el Consejo de la Magistratura,<sup>15</sup> el Jurado de Enjuiciamiento,<sup>16</sup> el Ministerio Público<sup>17</sup> y los entes reguladores de servicios privatizados<sup>18</sup> u otras actividades económicas.<sup>19</sup> Pero el poder político ataca sin cesar, de múltiples maneras, la independencia de estos órganos. Entre otras tantas violaciones del texto y el espíritu constitucional vale la pena destacar una vez más que no se ha cumplido en pasar a los entes descentralizados independientes las normas de la legislación delegada previa a la constitución de 1994, que desapareció de pleno derecho al cumplirse el plazo previsto en la Constitución. El Congreso ha pretendido durante quince años poder prorrogar el plazo constitucional, sin que hasta el presente la justicia haya declarado la operación de la caducidad constitucional en el preciso momento declarado por la Constitución,<sup>20</sup> lo que a nuestro juicio sólo se resuelve por medio de la creación de más autoridades regulatorias independientes.<sup>21</sup>

#### 6.1.2. Provincias

El poder nacional se limita cuando el art. 124 faculta a las Provincias a celebrar convenios internacionales y formar regiones. El reconocimiento expreso de su dominio originario de los recursos naturales, si bien no cambia la interpretación

<sup>13</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.1.

<sup>14</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.2.

<sup>15</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.3. Formal y orgánicamente se lo considera parte integrante del Poder Judicial, de acuerdo a las normas regulatorias del organismo.

<sup>16</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.4. Ver nota anterior.

<sup>17</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.5.

<sup>18</sup> Desarrollamos el tema en el cap. XV del presente vol.

<sup>19</sup> Entre ellas el Banco Central de la República Argentina. Se propone lo mismo para la AFIP, Administración Federal de Ingresos Públicos. Debiera ser la norma, no la excepción.

<sup>20</sup> Por ley 25.918 del año 2004 se ha pretendido extender inconstitucionalmente dicho plazo constitucional. Por ley 26.138 del año 2006 se ha ratificado esa pretensión por tres años adicionales. Así de maltrecha está nuestra Constitución, en la *praxis* del sistema.

<sup>21</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VII.

preexistente en materia de dominio y jurisdicción de las Provincias y la Nación sobre sus recursos naturales, enaltece el rol provincial. En materia de medio ambiente el art. 41 autoriza a las Provincias a dictar normas complementarias de las nacionales, eventualmente de mayor rigor que aquéllas. Una jurisdicción que podría ser federal en forma exclusiva, puede aquí llegar a ser concurrente aun cuando la lesión al medio ambiente exceda el de una sola jurisdicción. Las provincias hasta ahora no propician la creación de autoridades regionales interjurisdiccionales en que participen ellas y la Nación compartiendo y coordinando el Poder. Prefieren seguir, inútilmente, en la imposible reivindicación de poder para sí solas.<sup>22</sup>

En lo que hace a los servicios públicos nacionales, los entes regulatorios contarán con la “necesaria participación” de las provincias (art. 42 *in fine*). Ellas quedan también obligadas a efectuar la tutela de los derechos de incidencia colectiva,<sup>23</sup> pues se trata de garantías federales.

### 6.1.3. *Ciudad de Buenos Aires*<sup>24</sup>

Si bien la Constitución en el art. 129 establece que “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad,” lo cierto es que agrega que “Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.” Se da así una difícil coexistencia entre una Ciudad Autónoma que es al mismo tiempo sede de la Capital Federal.<sup>25</sup> El art. 75 inc. 30 dispone que le corresponde al Congreso: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.” Aunque el art. 124 parece dejar librado al Congreso el régimen de la ciudad, no corresponde en verdad la legislación exclusiva del Congreso (disp. trans. 7° y 15), pues el inc. 30 del art. 75 ha de interpretarse en

<sup>22</sup> Nos remitimos a nuestro art. “La región argentina a partir de la Constitución de 1994,” cap. X de nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2° ed., también publicado en el libro del CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES, *Seminario Internacional: Federalismo y Región*, Buenos Aires, 1997, p. 195 y ss.; asimismo en *RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Editorial Ciencias de la Administración, n° 225, Buenos Aires, 1997.

<sup>23</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap II y III.

<sup>24</sup> Ver y comparar CREO BAY, HORACIO D.; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO y ABERASTURY (H), PEDRO, “La situación jurídica de la Ciudad de Buenos Aires,” en *RAP*, 194: 82 (1994); CREO BAY, *La autonomía y gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995; MURATORIO, JORGE I., “Los conflictos interadministrativos nacionales,” *RDA*, 19/20: 464.

<sup>25</sup> Ver DANIELE, NÉLIDA MABEL, “La autolimitación del tribunal como criterio válido para deslindar la competencia federal y local. Sus implicancias para la sentencia definitiva o para su cumplimiento,” *LL*, 2002-D, 294.

el sentido que le deja legislación exclusiva, pero no en “todo” el territorio de la Capital, sino sólo en los lugares federales de ella. Pero también es materia de debate cuáles son los lugares federales. Quedan pues muchos interrogantes por resolver y constantes conflictos.<sup>26</sup>

#### 6.1.4. *Municipios y regiones*

El art. 123 garantiza la autonomía municipal: es otra transferencia de poder del centro a la periferia; igual ocurre con las regiones, tema todavía *in fieri*.<sup>27</sup>

#### 6.1.5. *Islas Malvinas*

Se reconoce a sus habitantes, como no podía ser menos, el derecho elemental a mantener su cultura, costumbres, legislación y autogobierno. No fue lo que hicimos en el corto período en que fueran invadidas por nuestro gobierno militar, donde hasta se les cambió el sentido a las calles.

### 6.2. *No estatales*

#### 6.2.1. *Partidos políticos*<sup>28</sup>

El art. 38 les otorga jerarquía constitucional y el art. 85 da la presidencia de la Auditoría General de la Nación al candidato que proponga el partido de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.<sup>29</sup> En el año 2002, en el marco de fuertes demandas sociales por una reforma política, se dictó la ley 25.611, que estableció internas abiertas para la elección de los candidatos a presidente, vice, y legisladores nacionales. Sin embargo, resultó una más de las tantas normas y promesas públicas incumplidas en nuestra historia. Fue suspendida en la primera oportunidad posible de aplicación, las elecciones presidenciales de 2003, donde sólo hubo un gran elector: El presidente saliente entrevistó personalmente a distintos posibles candidatos para designar de entre ellos quién habría de ser el que se presentara en elecciones generales para sucederlo. La ley

<sup>26</sup> La ley nacional 24.588 (por algunos denominada “Ley Cafiero”) transfirió a la Ciudad solamente la justicia de vecindad, contravencional y de faltas, y procesal administrativa y fiscal. No transfirió ni siquiera parte de la Policía Federal, retiene para sí la Inspección General de Justicia, y lucha en todo cuanto puede contra las autoridades de la Ciudad, porque ha sido tradicional su independencia política. Algo hemos dicho en “La institucionalidad porteña,” conferencia inaugural en el 2º Congreso de derecho administrativo de la Ciudad, Buenos Aires, *ÍADA Ciudad*, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 2, 2008, pp. 17-26. [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20070920/La\\_institucionalidad\\_portena-Conferencia\\_Inaugural.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20070920/La_institucionalidad_portena-Conferencia_Inaugural.pdf)

<sup>27</sup> Debe hacerse un regionalismo serio: CAMELLI, MARCO, “Regionalismo serio e riforma amministrativa,” UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Mucchi, Módena, 1996, p. 299 y ss.

<sup>28</sup> Una perspectiva crítica en SCHERLIS, GERARDO, “La estatización de los partidos políticos argentinos. Aportes para la explicación de 20 años de democracia sin equidad,” *Res Publica Argentina*, RPA, 2005-1, 71-998.

<sup>29</sup> La proporción partidaria también aparece en el art. 99 inc. 3º.

fue también escasamente seguida por los partidos políticos, que proclamaron en su mayoría listas únicas, para la única experiencia electoral en que fue aplicada, los comicios parlamentarios de 2005. El presidente en ejercicio en el año 2006 obtuvo su derogación a fines del año 2006 por la ley 26.191. De ese modo y ya sin necesidad de entrevistar a varios candidatos como hiciera su antecesor, eligió a su esposa para presentarse por el partido oficial en las elecciones de 2007, que ganó cómodamente con un programa de reformas institucionales.<sup>30</sup> Para las elecciones parlamentarias de 2009, con el sistema político nuevamente denunciado por su carácter antidemocrático, autoritario, no transparente, etc., ni siquiera así parece que vaya a haber internas para la designación de los futuros candidatos.

### 6.2.2. Asociaciones de usuarios y entidades no gubernamentales en general

Las asociaciones de usuarios y consumidores *lato sensu*<sup>31</sup> deben tener “necesaria participación” en los entes reguladores de los servicios públicos nacionales —art. 42— y tienen legitimación procesal en la acción de amparo y *a fortiori* en cualquier juicio de conocimiento —*AGUEERA, Consumidores Libres, etc.*—<sup>32</sup>, para defender los derechos de incidencia colectiva —art. 43—: no solamente los de los usuarios y consumidores sino también los del ambiente, art. 41.

También cabe mencionar la creciente importancia, en el mundo moderno, de las organizaciones no gubernamentales que llegan al poder político, cuyo ejemplo más destacado es el de BARAK OBAMA,<sup>33</sup> pero que tiene también emulaciones locales no despreciables, como la denominada Mesa de Enlace de todas las entidades agropecuarias, sobre todo en el año 2009 en que adoptan un resuelto matiz político.<sup>34</sup> El gobierno no las ve sino como enemigos a derrotar,<sup>35</sup> no advirtiendo que alrededor del agro subsisten una serie de industrias de maquinarias, provisiones, repuestos, tránsito de camiones, puertos, etc., que alimentan a las poblaciones circundantes. Tampoco tiene presente que el 85% de los productores ganaderos, p.ej., tienen menos de 500 cabezas de ganado, con lo cual nada tienen que ver con los sectores oligárquicos que la mitología oficial cree aún ver en ellos. Hoy en día la oligarquía está compuesta, como en Rusia, por todos aquellos empresarios que se enriquecieron y siguen enriqueciendo mediante contratos con el poder, a sobrepuestos absolutamente exagerados o por mecanismos de subsidios

<sup>30</sup> Era el art. 29 *bis* de la ley 23.298, incorporado por la ley 25.611, a su vez derogada: THEA, FEDERICO G., “Ley que incomoda, ley que se deroga. Algunas reflexiones sobre las internas abiertas,” en *LL, Sup. Adm.*, Agosto 2007, p. 46.

<sup>31</sup> Cooperativas, fundaciones, federaciones, etc.

<sup>32</sup> Nos remitimos a lo explicado en el t. 2, *op. cit.*, caps. II y VI.

<sup>33</sup> Estamos de todos modos a la zaga del mundo desarrollado, como explica BERNARDO KLIKSBURG, “El secreto del voluntariado,” *La Nación*, 21 de febrero de 2009, sección *Comunidad*, p. 2.

<sup>34</sup> El punto de inflexión más claro sería el que denuncia JAVIER ROMERO, “Quieren las retenciones para beneficiar amigos,” *Crítica de la Argentina*, 21 de febrero de 2009, pp. 6-7.

<sup>35</sup> Es también una constante histórica que en lugar de ver a las asociaciones y entidades no gubernamentales como elementos de cohesión social, los vean como enemigos del poder, precisamente porque no quieren compartir con nadie ni una mínima parte de él.

totalmente carentes de control y de transparencia, la explotación del juego, la minería, etc.

### 6.2.3. Acciones de interés público

En los últimos años han crecido las acciones de interés público bajo el art. 43 de la Constitución, pero también la actuación de organizaciones no gubernamentales llevando asuntos individuales de repercusión colectiva, incluso particulares que logran instalar cuestiones generales en el ámbito jurisdiccional, como es el caso *Mendoza* en que la Corte Suprema asumió en el 2006 jurisdicción directa sobre el tema ambiental de la cuenca del río Matanza-Riachelo.<sup>36</sup>

Este es uno de los principales signos positivos que cabe señalar en la actualidad, pues responde a un cambio producido desde la ciudadanía o los órganos de control, no desde el poder político. Cabe destacar la muy valiosa acción colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación ante un aumento tarifario que estimó, entre otras cosas, arbitrario.<sup>37</sup> La CNCA, Sala de FERIA, resolvió su legitimación para hacerlo. Posiblemente el resultado de la acción no sea totalmente favorable, ya que la arbitrariedad del aumento se debe en parte a la arbitrariedad preexistente de no haber actualizado las tarifas durante años, y haber sustituido el pago de la tarifa por un sistema no transparente de subsidios. Pero son dos cosas distintas, una, que se admita o no en cuanto al fondo el amparo, y otra, que se pueda debatirlo judicialmente con alcance general: El progreso consiste en el debate judicial oportuno, como en el amparo colectivo *in re Halabi*.<sup>38</sup>

### 6.2.4. Indígenas

Este tema provoca de entrada algunas posibles reflexiones sobre nuestra propia articulación intermedia entre las comunidades indígenas preexistentes y su mezcla con las culturas europeas que luego colonizaron el país. De esa historia de quinientos años, el primer problema es tratar al menos de comprender objetivamente la realidad,<sup>39</sup> lo que en el caso argentino no es precisamente fácil.

El inc.17 del art.75 impone al Congreso reconocer a las comunidades indígenas su preexistencia étnica y personalidad jurídica comunitaria; también su dominio público indígena, regido por un derecho propio.<sup>40</sup> Diversos pronunciamientos

<sup>36</sup> Fallos: 329:2316, *Mendoza*; ley 26.168; www.acumar.gov.ar *Infra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9.

<sup>37</sup> Entre otras, por tener tributos encubiertos, como hace ya tiempo explicara SILVETTI, ELENA M., "Cargos específicos. ¿Tributos encubiertos?" *Res Publica Argentina, RPA*, 2006/2-43.

<sup>38</sup> Ampliar *supra*, cap. II, 5.2.b), pp. II-24/5.

<sup>39</sup> Ver nuestro *The Future of America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003; "Civilizations and Public Law: a View from Latin America," en EVANGELOS VENIZELOS /ANTOINE PANTELIS (dirs.), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, Esperia, Londres, 2005, pp. 215-232 y separata.

<sup>40</sup> Pero ningún derecho local puede negar los avances jurídicos internacionales, p. ej. en cuanto a tener un sistema judicial imparcial e independiente para la tutela de los derechos individuales.

judiciales en el derecho comparado y en nuestro país van perfilando un claro progreso en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas,<sup>41</sup> que aunque víctimas históricas pero lamentablemente no únicas, de genocidios<sup>42</sup> y violencia,<sup>43</sup> tienen empero creciente acción política contemporánea<sup>44</sup> y un resurgimiento demográfico, al menos estadísticamente; el problema es una filigrana de complejidad.<sup>45</sup> De todas maneras, no ha de olvidarse que hoy en día existe también un derecho supranacional, que por supuesto ya está también por encima de los derechos de los pueblos originarios.<sup>46</sup>

### 7. Otras transferencias de poder. El Poder Ejecutivo

Se ha efectuado otra transferencia de poder al procurar limitar la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, aunque resta por ver cuánto tarda en hacerse efectiva en la práctica la limitación constitucional: Todo depende aquí del Poder Judicial, si otros actores sociales también cumplen con su cuota parte de responsabilidad, como los abogados, los usuarios, la prensa, las ONGs, la doctrina, etc. En algunos casos el poder se transfiere a los entes reguladores independientes,<sup>47</sup> en otros se lo revierte al Poder Legislativo. En otros el Poder Ejecutivo maneja inconstitucionalmente los entes que debieran ser independientes.

Así, antes de la Constitución de 1994 generalmente se admitía la delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo, siempre que no fuera “en blanco” y estableciera parámetros concretos dentro de los cuales el Poder Ejecutivo podría

<sup>41</sup> Ver CONTARINI, EUGENIA; FAIRSTEIN, CAROLINA; KWEITEL, JUANA; MORALES, DIEGO y ROSSI, JULIETA, “Argentina,” AA.VV., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José, IIDH. 1999, p. 27 y ss., esp. pp. 66-70, § 2.2.1, “Derechos de los pueblos indígenas.” Ver HUALPA, EDUARDO R., “Jueces, pueblos indígenas y derechos,” *LL, Supl. Const.*, 12-II-09, pp. 9-20 y sus referencias. El conflicto entre el derecho tribal y el derecho estatal no es de fácil solución, como HUALPA lo demuestra en la jurisprudencia.

<sup>42</sup> LANATA, JORGE, *Argentinos*, Buenos Aires, B Argentina, 2002, pp. 27-8, 100, 271-2, 311-14, en el siglo XIX; GORDILLO, GASTÓN, “«Un río tan salvaje e indómito como el indio toba.» una historia antropológica de la frontera del Pilcomayo,” en *Desarrollo Económico*, vol. 41 (2001), 162: 261-280.

<sup>43</sup> GORDILLO, GASTÓN, “Remembering «the Ancient Ones»: Memory, Hegemony, and the Shadows of State Terror in the Argentinean Chaco,” en LEACH, BELINDA y LEM, WINNIE (eds.), *Culture, Economy, Power: Anthropology as Critique, Anthropology as Praxis*, Albany, State University of New York Press, 2002, pp. 177-190; comp., del mismo autor, “The Breath of the Devils: Memories and Places of an Experience of Terror,” *American Ethnologist*, 29 (1) 2002: 33-57.

<sup>44</sup> Ver GORDILLO, GASTÓN, “Locations of Hegemony: The Making of Places in the Toba’s Struggle for «La Comuna»,” *American Anthropologist*, 104 (1) 2002: 262-277.

<sup>45</sup> GORDILLO, GASTÓN, “The Dialectic of Estrangement: Memory and the Production of Places of Wealth and Poverty in the Argentinean Chaco,” *Cultural Anthropology*, 17 (1), 2002: 3-31.

<sup>46</sup> Por ello la reforma constitucional de Bolivia, que ha querido enfatizar todavía más el derecho de los pueblos originarios, tropieza con el problema de su inadecuación a principios hoy en día supranacionales como el del acceso a una justicia imparcial e independiente. También las sanciones de la “justicia indígena originaria campesina” incluyen destierro, azotes, pedreas, etc., y están prohibidos el divorcio, el adulterio y la homosexualidad, según CLAUDIA PEIRÓ, “Inquietan los abusos de la ‘justicia’ indígena de Bolivia,” *Ámbito Financiero*, 25-III-09, p. 18. Es la tradición prehispánica común también a algunas civilizaciones contemporáneas.

<sup>47</sup> *Infra*, cap. XV, “Los entes reguladores;” cap. VII, “La regulación económica y social,” del t. 2.

integrar la norma legislativa.<sup>48</sup> La Constitución ha limitado severamente esa facultad en el nuevo art. 76.<sup>49</sup> Dado el carácter excepcional y por ende restrictivo de la admisión constitucional no podrá en buenos principios delegarse materia alguna, en lo que hace a la administración central, que pretenda tener efectos jurídicos válidos frente a terceros ajenos a ella, salvo que se trate de entes reguladores creados por ley y con las demás garantías propias a este tipo de autoridad independiente. (Audiencia pública, participación de Provincias y usuarios en el directorio, estabilidad, idoneidad, etc.) También existen restricciones explícitas, de fondo y de procedimiento, a los reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>50</sup>

Sin embargo, encontramos en la actualizado un generalizado incumplimiento de los preceptos mencionados, que la justicia no dá abasto para controlar en tiempo oportuno, no obstante un generalizado correcto ejercicio del control en el orden federal.

Ello es una falencia en círculo vicioso, pues la justicia no puede funcionar eficazmente si a su vez el poder político no crea la cantidad suficiente de juzgados, ni les da los fondos adecuados, ni cesa su influencia en el Consejo de la Magistratura ni su crítica a los magistrados que no le complacen, etc. Allí es donde debe reaccionar la ciudadanía a través de sus partidos políticos y sus organizaciones no gubernamentales, para producir los cambios políticos que terminen con el círculo vicioso y permitan el normal funcionamiento de los tres poderes del Estado. La prensa independiente, contra viento y marea, ha estado cumpliendo responsablemente con sus deberes ciudadanos, algunos ciudadanos y ONGs también. Falta que el resto de la sociedad asuma el mismo compromiso.

### 8. *El Poder Legislativo*

El Poder Legislativo recibe más poderes pero también ve limitados algunos en cuanto al modo de ejercicio y debe admitir mayor participación ciudadana. Debemos señalar con todo que en el segundo aspecto la composición actual del parlamento no permite que funcionen los mecanismos de participación ciudadana ni el control de la actividad pública. Es un tema electoral, que la ciudadanía corregirá o no a través de las elecciones futuras, empezando por la de 2009. El clima de acoso y control a la prensa parece conspirar en contra de esa posibilidad,<sup>51</sup> pero la justicia ha comenzado también a poner coto a algunas arbitrariedades al respecto, como la distribución de la publicidad oficial solamente entre

<sup>48</sup> *In re Delfino y Cía.* del año 1927, *Fallos*: 148:430; *Mouviel*, de 1957, *Fallos*: 237:636; *Cocchia*, de 1993, *LL*, 1994-B, 633.

<sup>49</sup> “[P]ara materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.”

<sup>50</sup> Volvemos sobre el tema en el cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo.”

<sup>51</sup> Lo hemos explicado en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios.

las publicaciones amigas del gobierno, tal como ha sido resuelto por la justicia, entre otros supuestos, en el caso *Perfil*, de 2009.<sup>52</sup>

### 8.1. La Comisión Bicameral Permanente

La Comisión Bicameral Permanente prevista en el párrafo cuarto del inc. 3 del art. 99 y 100 inc. 12 y 13 es un organismo de control para producir despacho acerca de los reglamentos de necesidad y urgencia, reglamentos delegados y la promulgación parcial de leyes,<sup>53</sup> sobre los que luego decidirá el Congreso. La falta de comunicación en término por el Jefe de Gabinete a la Comisión Bicameral Permanente lleva al decaimiento automático, pues se trata de un trámite constitucional sustancial sin cuya ejecución no puede considerarse validada, en el ínterin, la vigencia de tales reglamentos; lo mismo ocurre con el despacho en término por la comisión y su expreso e inmediato tratamiento por las Cámaras. El incumplimiento de cualquiera de tales condiciones o la ausencia de ley expresa en la primera sesión importan el decaimiento automático de las normas. El Congreso no puede pues brindarles asentimiento tácito; si no lo hace en forma expresa

<sup>52</sup> CNFCA, SALA IV, *Perfil*, LL, 29-II-09, pp. 6-7; su precedente inmediato es el fallo de la CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén*, LL, 14-11-2008, p. 7.

<sup>53</sup> La ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y la promulgación parcial de leyes, reglamentando la Comisión Bicameral Permanente. Esta Comisión está integrada por 8 diputados y 8 senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas. Tanto el quórum como la conformación del dictamen de la Comisión se conforman con la mayoría absoluta de sus miembros. Sin embargo, tuvieron que pasar 12 años para que sea creada esta Comisión (la referida ley 26.122 de julio de 2006) ante los insistentes reclamos de mejorar la calidad institucional, y una vez creada, terminó aprobando sin más, en un sólo acto, todos los decretos firmados entre 1994 y 2007 (391 en total), dictando el último gobierno electo 1 decreto de necesidad y urgencia en promedio cada 6 días.; en el presente período de gobierno, han sido otros los apartamientos constitucionales. Ver GORBAK, ERICA, “Les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans les systèmes présidentiels dans l’Amérique Latine. Déviations dans la pratique constitutionnelle,” de próxima publicación en la mesa redonda internacional organizada por la Asociación Rumana de Derecho Constitucional, Iasi, Rumania, 24 y 25 de mayo de 2008. De este modo se advierte que la *praxis* violatoria del espíritu y la textura constitucional ya no es solamente materia de comentario corriente en los pocos periódicos independientes que están quedando todavía en el país, sino que también es comidilla de otros países emergentes. En los países desarrollados ya ni siquiera pareciera valer la pena hacer el mismo comentario. Para una referencia nacional, ver las que damos en nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*. El fenómeno no es por cierto de ahora, como explicamos anteriormente en: “El Estado de Derecho en estado de emergencia”, LL, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; “Una celebración sin gloria,” en BIDART CAMPOS (dir.) *150° Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en LL, 2003-C, 1091-1102; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” LL, 2005-A, 905-921, reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

ello equivale a su rechazo inequívoco. Lamentablemente la actual *praxis* lleva a que la Comisión Bicameral Permanente haya ratificado *simultáneamente todos, absolutamente todos*, los decretos de necesidad y urgencia *de varios gobiernos*, haciendo de este modo un hazmerreir del sistema constitucional. Todo indica que eso ya no será enmendado, por el temor a afectar situaciones constituidas al margen de las normas tan inconstitucionalmente ratificadas, pero en verdad ya todo esto queda superado por una situación que es peor aún.<sup>54</sup> Es difícil poder afirmar que el nuestro sea al presente un Estado de Derecho.

## 8.2. Las audiencias públicas del Senado

Lo que en un siglo y medio el Senado no ha hecho se lo impone ahora la Constitución en el art. 99, inc. 4º, primer párr.: Realizar el procedimiento de audiencias públicas para la designación de los Jueces de la Corte Suprema, del mismo modo que lo son en la Constitución norteamericana.<sup>55</sup> Sería una desinterpretación impropia para un texto constitucional, la que quiera encontrar un sentido diferente entre sesión pública y audiencia pública. Con todo, no cabe ser demasiado optimistas en cuanto a que la interpretación resultante, en los primeros años de aplicación de la Constitución, no haya de ser la de crear precisamente la distinción entre sesión pública y audiencia pública. De aquí en más y dada la operatividad de la norma constitucional, será inválida cualquier designación en la Corte Suprema que no siga este procedimiento de audiencia pública en el Senado. El concepto de audiencia pública o *public hearing* tiene un doble carácter público: por la publicidad y transparencia del procedimiento, su oralidad e inmediación, registro gráfico y fílmico de los medios de comunicación, publicación de las reuniones, etc. y más especialmente por la participación procesal y el acceso del público a tales procedimientos, como sujeto activo y parte en sentido procesal. Lo primero hace a la calidad transparente y abierta al conocimiento del público de los actos estatales: el secreto es sólo un resabio medieval que las democracias ya no aceptan sino en contados asuntos de Estado que hacen a la

<sup>54</sup> Creemos que lo que referimos a continuación es una mera anécdota en nuestra historia, pero no deja de ser preocupante lo que hasta los periodistas han comenzado a verificar sistemáticamente, sin necesidad de ninguna colaboración jurídica. Nos referimos a relatos como los que hacen, entre tantos otros, MORALES SOLÁ, JOAQUÍN, [...] *La política de la desmesura (2003-2008)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008; CABOT, DIEGO y OLIVERA, FRANCISCO, *El buen salvaje*. [...]. *La política del garrote*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008. Hemos omitido los nombres o apellidos de las personas referidas, por parecernos inapropiados de una obra de las características de la presente. En todo caso este tipo de libros comenzará a crecer como los hongos después de la lluvia. El clima que hace un año algunos intelectuales próximos al gobierno denominaron “destituyente,” es ahora un claro clima electoral en que un recambio institucional es posible que se produzca por los caminos de la democracia y la prensa libre e independiente.

<sup>55</sup> Pero ya señalamos que las diferencias entre nuestras prácticas constitucionales y las de ellos son verdaderamente abismales: “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” *Op. loc. cit.* Por ello lo que decimos luego en el texto pareciera pecar de excesivo optimismo.

seguridad nacional, o a la discreción que debe proteger al secreto comercial. Lo segundo es entonces lo que cualifica estas audiencias públicas y es la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero espectador. Las audiencias públicas o sesiones públicas en el Senado no pueden diferir demasiado de lo que han de ser las audiencias públicas en los entes reguladores.<sup>56</sup>

### 8.3. *Iniciativa y consulta popular*

El derecho de iniciativa popular que muy tímidamente introduce el art. 39, es cuanto menos el germen de un control del parlamento en sus omisiones legislativas. Hubiera sido mejor establecer en la Constitución que cuando hay un determinado número de votos en la iniciativa el Estado debe obligatoriamente someterla a consulta popular en la siguiente elección general, si antes el Congreso no la sanciona como ley. Pero esto también pudo establecerlo el propio Congreso en la ley que dictó reglamentando el art. 39 y 40; pero la ley 24.747 deja mucho que desear en la materia.<sup>57</sup> En definitiva, ha hecho lo necesario para incumplir y violentar el precepto constitucional. La tarea de la CSJN para desandar tanto mal camino parece ya gigantesca y por momentos insuperable en tiempo oportuno.<sup>58</sup> No obstante ello, lentamente la CSJN va avanzando en la dirección correcta, hasta el presente, en diversas materias que hacen al control del poder político y la división de los poderes en un Estado de Derecho; simplemente no ha llegado todavía el momento en que encare el tema del presente acápite.

No creemos que exista todavía el suficiente desarrollo político como para que el Congreso, dando un paso más allá de lo que la Constitución exigió, reconozca al pueblo este derecho de tener automáticamente la consulta popular cuando reúne los votos que sean del caso y no quede ésta librada al arbitrio del Congreso en cada oportunidad puntual.<sup>59</sup> Pero como vemos, la reforma constitucional de 1994 va siendo sistemáticamente atacada, paso a paso, por cada gobierno sucesivo y

<sup>56</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>57</sup> Sobre lo dispuesto por esta ley ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, 4ª ed., 2008, t. I, comentario al art. 39, pp. 561-4.

<sup>58</sup> Es lo que anticipamos en el ya citado art. “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” Los tribunales de grado están, junto a la CSJN, haciendo mucho para el restablecimiento de las normas propias de un Estado de Derecho y el cumplimiento de la Constitución, pero hay que convenir que cuando los autores de los desaguisados son a coro el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo parece ya muy difícil otra cosa que lo que hace tiempo se ha definido como la cronoterapia judicial, si la sociedad civil no hace oír su voz por los canales adecuados. Podemos sin duda intentar consolarnos en que cosas parecidas pasan en tiempos parecidos, en países más desarrollados: El ejemplo clásico de GUY BRAIBANT es la prohibición en Francia en el gobierno de DE GAULLE del film *La Religieuse*, que el Consejo de Estado de Francia anuló ¡nueve años después! Pero fue también GUY BRAIBANT el que advirtió, hace décadas, que lo nuestro no es una copia, es una caricatura. Así nos lo dijo en persona en el Consejo de Estado de Francia en 1984, cuando ya estábamos en democracia.

<sup>59</sup> Lo que decimos líneas arriba acerca de los partidos políticos y las internas abiertas que nunca se hicieron, dan testimonio de la tendencia en que este tema también ha sido tratado.

cada dupla Poder Ejecutivo / Poder Legislativo. El ejercicio correcto del Poder Judicial es ya tarea de titanes, si la sociedad civil no suma su compromiso.

### 9. *El Poder Judicial*

#### 9.1. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>60</sup> y la Corte Suprema había declarado en 1992 la operatividad de sus cláusulas aún en ausencia de regulación legislativa.<sup>61</sup> No obstante ello, el art. 75 inc. 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inc. 24.<sup>62</sup> Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional. No ha de olvidarse el principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios;” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.”<sup>63</sup> Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por decreto-ley 19.865/72, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Ello no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico.<sup>64</sup> Es igualmente evidente que al referirse al derecho interno como inoponible al tratado, se incluye la Constitución, no porque existan reales conflictos normativos sino para evitar controversias generalmente especiosas. “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les de; pero una vez que se ha aceptado el

<sup>60</sup> Nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 17-IV-90, reproducido en *LL*, 1992-B, 1292; antes reproducido en el cap. III de nuestro libro *Derechos Humanos*, desde la 1ª ed. de 1990 hasta la 6ª de 2006.

<sup>61</sup> *Ekmekdjian*, Fallos, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148:354; *Fibracsa Constructora S.C.A*, Fallos, 316: 1669, año 1993; *Hagelin*, Fallos, 316: 3176, año 1993; *Cafés La Virginia S.A*, *LL*, 1995-D, 227 año 1994; *Giroldi*, *LL*, 1995-D, 462, año 1995; *Arce*, *LL*, 1997-F, 697; *Dotti*, *DJ*, 1998-3, 233. Algunos de ellos los hemos comentado en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999.

<sup>62</sup> Ver GELLI, *op. cit.*, t. II, 4ª ed., § 5, “La denuncia de los tratados de jerarquía constitucional. Efectos,” p. 227.

<sup>63</sup> PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

<sup>64</sup> Ver nuestro libro *Derechos humanos*, *op. cit.*, cap. II.

compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.”<sup>65</sup> Por lo demás, ya la CSJN aceptó que cuando nuestra Constitución incorpora los tratados “en las condiciones de su vigencia,” incluye la jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.<sup>66</sup>

## 9.2. *El Poder Judicial de la Nación*

También hay transferencias de poder que afectan a los tres órganos, p. ej. la restablecida independencia del Ministerio Público y la creación de otras autoridades independientes, con más el procedimiento de audiencia pública en el Senado para la designación de miembros de la Corte Suprema. Se ha fortalecido la misión del Poder Judicial al otorgársele atribuciones que será su deber constitucional ejercer, pero sujeto en la práctica a limitaciones cuantitativas por la irrisoria cantidad de jueces en materia administrativa para la protección de los derechos de los individuos y usuarios contra el Estado y sus licenciatarios y concesionarios.<sup>67</sup>

Agrega calidad democrática el hecho que la Corte Suprema esté haciendo audiencias públicas, admitiendo amparos colectivos, etc. Con todo, un Poder Judicial que cuantitativamente es tan exiguo como para superar el nivel de lo cualitativo, en materia procesal administrativa, implica la virtual inexistencia de un Estado de Derecho. Cabe destacar la ingente labor de los jueces, que luchando contra limitaciones materiales, tienen, aún con recaídas,<sup>68</sup> pronunciamientos alentadores sobre la aplicación de la nueva Constitución y el nuevo orden jurídico supranacional y su jurisprudencia.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> PESCATORE, *op. cit.*, p. 348; nuestro *Derechos humanos, op. cit.*, cap. II y III.

<sup>66</sup> *Giroldi, Fallos*, 318: 514; *LL*, 1995-D, 462, año 1995; *Bramajo, Fallos*, 319-2: 1840, año 1946; *Arce, LL*, 1997-F, 697; *LL*, 1998-A, 326, *Petric*, año 1997, *Fallos*, 321: 885; *Dotti, DJ*, 1998-3-233.

<sup>67</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XII a XIV; *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. XI. “El deficiente acceso a la justicia y privación de justicia como violación del sistema de derechos humanos;” “Para la patria pleitera nada; a los demás, algo,” *Ámbito Financiero*, 10-VII-96, p. 16.

<sup>68</sup> “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (co-ords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

<sup>69</sup> Ampliar *infra*, t. 2, caps. XIII a XV y “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217 y “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3; “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>. Un fallo líder en materia de amparo colectivo es CSJN, *Halabi*, 24-II-09, CSJN, *Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo*, febrero de 2009, *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” Para los antecedentes ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2° ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998. En libertad de prensa cabe destacar CNFCA, SALA IV, *Perfil*, *LL*, 29-II-09, pp. 6-7; CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén*, *LL*, 14-11-2008, p. 7.

## II. Bases supraconstitucionales

### 10. *Comunidad internacional, pueblo y Estado*

El derecho administrativo y la organización estatal tienen, históricamente, una estructura formal y un tipo de principios básicos muy diferentes según sea, históricamente, el sistema constitucional imperante y la manera en que la Constitución haya organizado y constituido al Estado. Pero también está subordinado a un orden jurídico supranacional rápidamente en evolución (por las interpretaciones jurisprudenciales externas) y sustancialmente creciente (como lo prueba la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1997 y la Convención contra el Soborno Transnacional<sup>70</sup> entre muchas otras;<sup>71</sup> todo ello, al igual que los demás países del mundo que no escojan aislarse de la comunidad internacional.<sup>72</sup> Esa evolución internacional no es imposible seguirla, pero hay que reentrenar la mirada, el *Sapere vedere* de Miguel Ángel: hay que estar atentos a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a las denuncias en trámite y las resoluciones o en su lugar soluciones amistosas que se celebren por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

### 11. *La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad y al sometimiento a las reglas universales mínimas de derechos y garantías individuales*

Lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, la sujeción de la administración a la ley y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución, queda así superado por el paso final de la subordinación de todo el derecho interno a un derecho supranacional e internacional, con valores y principios que trascienden a los ordenamientos jurídicos locales.

Estas transiciones otorgan un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete del significado de las normas constitucionales y supranacionales y por lo tanto de la validez de las normas legislativas,<sup>73</sup> aunque no en todos los países los jueces adoptan la postura que les corresponde de acuerdo con su deber constitucio-

<sup>70</sup> Aprobada por ley 25.319 del año 2000.

<sup>71</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por ley 26.097; Convención de Naciones Unidas para Combatir el Crimen Transnacional Organizado, ley 25.632. Ampliar en GORBAK, ERICA, "The effects of Anti-Corruption and Good Governance rules in Latin American countries after their constitutional reforms. Analysis of the current situation," <http://www.enelsyn.gr>.

<sup>72</sup> En otras palabras, la actual globalización de la economía hace muy costoso, o virtualmente imposible, sustraerse al orden jurídico supranacional (regional) e internacional. Ver también el próximo *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*, en México: [http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho\\_administrativo/index.html](http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html)

<sup>73</sup> Sobre los problemas de la transición de una a otra etapa y el rol del juez, ver MARCIC, RENÉ, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, esp. p. 231 y ss.; ERMACORA, FÉLIX, *Verfassungsrecht durch Richterspruch*, Karlsruhe, 1960, *op. cit.*, p. 12 y ss. Ver también, de RENÉ MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 86 y ss.

nal. El Poder Judicial argentino ha receptado principios fundamentales para el control de la constitucionalidad de las leyes, enunciando el criterio rector de la *razonabilidad* de las leyes y de todos los actos estatales, de acuerdo con el cual toda norma que sea *desproporcionada* en los medios que emplea con relación a sus fines, carezca de sustento fáctico suficiente, o sea arbitraria, persecutoria, etc., debe ser tachada de antijurídica y por lo tanto no aplicada.<sup>74</sup>

### 12. *Los derechos individuales frente al Estado*

De todos modos, la Constitución y las normas supranacionales no son en estos casos un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; son un *orden jurídico imperativo*, para el Estado y los habitantes. Este orden jurídico constitucional y supraconstitucional, al crear al Estado y reconocerle ciertas facultades frente a los habitantes, establece y reconoce también los derechos de los individuos frente al Estado.<sup>75</sup> La Constitución y el orden jurídico supraconstitucional ofrecen un equilibrio de las atribuciones que otorgan; reconocen atribuciones al Estado, pero también derechos inalterables a los individuos. Ni unos ni otros pueden tener supremacía; ambos deben armonizarse dentro del orden jurídico. La enunciación de los derechos de los individuos no es una declaración programática: es una norma jurídica imperativa y operativa, impuesta por el pueblo al Estado al que también reconoce aquellas facultades. Tal como lo señala ALBERDI: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.”<sup>76</sup> En definitiva tenemos que del orden jurídico constitucional y supraconstitucional nacen, en igualdad de situación y en equilibrio jurídico necesario, los derechos de los individuos y las atribuciones del Estado; que estas últimas no tienen en ningún caso características suprajurídicas, de “soberanía” o “imperio.” Son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho; si esas facultades son ejercidas con exceso, se transforman en antijurídicas y serán dejadas sin efecto por los tribunales ante el reclamo del individuo afectado. Cabe reiterar que el Estado está sometido a normas básicas de la comunidad internacional, cuyo orden jurídico mínimo en materia de derechos humanos igualmente torna antijurídicas las conductas violatorias que aquél pueda cometer. Ello ha

<sup>74</sup> Ampliar en LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1944; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1971. Este antiguo principio de derecho constitucional es ahora, a nuestro juicio, supraconstitucional: ver *infra*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo.”

<sup>75</sup> Como dice BRUNNER, GEORG, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Colonia, 1963, pp. 105-6, es una característica esencial de los derechos fundamentales que “ellos se dirigen contra el Estado,” son su límite y por ello sólo serán verdaderos cuando se apliquen “también contra la voluntad del Estado” (*op. cit.*, p. 196).

<sup>76</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

probado ser eficaz en la práctica, pues el Estado argentino muchas veces ha transado casos o adquirido compromisos internacionales por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en situaciones concretas de violación a derechos humanos, para evitar ser llevado ante la Corte Interamericana y sufrir el eventual bochorno de una condena formal. Así el caso que relata el último voto de la Corte Suprema nacional en el caso *Birt*.<sup>77</sup>

### 13. *Preexistencia de los derechos individuales respecto al Estado*

Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo acto estatal: a las sentencias, a las leyes y a los actos y reglamentos administrativos. Al art. 14 de la Constitución argentina expresa, similarmente a otras constituciones, que los habitantes de la Nación “*gozan* de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio,” o sea, que los derechos existen y los habitantes los gozan ya, desde el mismo momento en que la Constitución se ha dictado. Lo mismo consagra el sistema supraconstitucional de derechos humanos reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.<sup>78</sup>

Más aún, tales derechos son ya universalmente reconocidos como preexistentes a toda norma positiva. Las leyes podrán regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, como mínimo por imperio de la Constitución.

Con algunas variantes, la situación es la misma respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos internacionales de derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución. Inversamente, si la ley quiere desconocer el derecho individual, reglamentándolo irrazonablemente, modificándolo o alterándolo de cualquier otro modo, tal ley es irrita y el derecho individual mantiene su vigencia a pesar de la ley que inconstitucionalmente ha querido desconocerlo. Por supuesto, hará falta una declaración judicial de inconstitucionalidad por los tribunales inferiores y en su caso la Corte Suprema, pero son tribunales que ha demostrado en los últimos años un verdadero empeño en tratar de hacer cumplir la Constitución.

Expresa el art. 28 de la Constitución, por su parte, que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y a los jueces corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto administrativo que haya intentado des-

<sup>77</sup> LL, 1995-D, 294.

<sup>78</sup> Ver Preámbulo de la C.A.D.H. Es el mismo concepto que reflejamos en nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y anteriormente en *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003, las tres ediciones con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, director de la Organización Europea de Derecho Público. Las tres ediciones se encuentran de acceso libre y gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

conocer o alterar un derecho individual y restablecer de tal manera el imperio de la norma constitucional o supranacional. Si los jueces internos no lo hacen, puede hacerlo la CorteIDH u otros órganos judiciales supranacionales que se creen en el futuro.

En cualquier caso, la práctica internacional desde la suscripción de la Convención Americana es prometedora. El gobierno, desde la restauración democrática, transa casos ante la ComisiónIDH y celebra acuerdos que luego la CSJN ha considerado parte integrante de los compromisos internacionales del país y por ende derecho vigente a ser aplicado por nuestros tribunales. La internacionalización del derecho administrativo se torna así más evidente, en éste y en otros campos.<sup>79</sup>

#### 14. *Instituciones sustantivas de contralor*

Encontramos en el párrafo quinto del art. 36 un tema de derecho penal operativo, no legal sino constitucional. Los responsables de enriquecimiento doloso son ahora equiparados a los “infames traidores a la patria” que condenan el art. 29 y los párrafos uno a cuatro del mismo art. 36. La citada norma penal constitucional se aplica tanto a los funcionarios públicos como a los particulares, puesto que la norma no distingue y generalmente van unidos: es el mismo actuar doloso de uno y otro que produce el enriquecimiento de ambos en perjuicio del Estado y la sociedad de usuarios y consumidores.

Lo solemne de la condena constitucional no obsta a su espíritu claro y frontalmente punitivo y su carácter de norma inmediatamente operativa, que se fortalece con la Convención Interamericana contra la Corrupción, también operativa. Se otorga así a los fiscales y jueces penales un rol sustancial como órganos de control de la administración y de quienes ejercen poder bajo licencia o concesión de la administración. Se trata de una facultad que es, al mismo tiempo, un deber jurídico impuesto por la misma Constitución y por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Su incumplimiento por fiscales y jueces

<sup>79</sup> Es un tema que advertimos en la 1ª ed., 1962, de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, al eliminar la característica de pertenecer supuestamente al derecho interno, como lo hacían las definiciones corrientes por aquel entonces. El proceso no ha hecho sino acentuarse continuamente, al punto tal que algunos hablan ya de un derecho administrativo global, para más acentuar el punto, lo que tratamos *infra*, cap. V, § 4; ver también *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*: [http://www.facdyu.uanl.mx/avisos/derecho\\_administrativo/index.html](http://www.facdyu.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html). Ver nuestros arts. “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS; “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400; “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” en *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 213-226; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASesorÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

puede colocar a éstos en la misma situación y acarrearles a su vez sanciones, incluso internacionales. Deben pues cuidar de la aplicación del orden jurídico constitucional y supranacional en el ejercicio de sus públicas funciones. En cuanto a los particulares, no parece que pueda hacerseles extensivo el derecho y el *deber* que prevé el mismo art. 36, de ejercer la resistencia en defensa del Estado por la interrupción de la observancia de la Constitución; con todo que debe recordarse que el *derecho* de resistencia a la opresión no cesa ante la fuerza generadora del nuevo orden.<sup>80</sup>

### 15. *El derecho a un ambiente sano*

Tal como lo adelantamos en 1990 en el libro colectivo *Derechos Humanos*, coordinado desde la 6ª en 2006 junto a GREGORIO FLAX, hay derecho a un ambiente sano<sup>81</sup> a tenor de las normas del Pacto de San José de Costa Rica<sup>82</sup> y ahora el texto constitucional lo reconoce en el art. 41. Si bien la cláusula es operativa, ha sido reglamentada por diversas leyes:<sup>83</sup> de política ambiental nacional,<sup>84</sup> de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios,<sup>85</sup> de gestión y eliminación de los PCBs,<sup>86</sup> de gestión ambiental de aguas,<sup>87</sup> de gestión integral de residuos domiciliarios,<sup>88</sup> sin perjuicio de las normas locales que pueden ser más exigentes que las nacionales. Es la misma tendencia teórica que se intenta poner en práctica en los EE.UU., donde California se adelantó a la legislación federal al exigir mayores limitaciones para las emisiones de la industria automotriz. Acá tenemos la norma, pero carecemos de la práctica.

### 16. *Instituciones adjetivas de contralor*

#### 16.1. *El amparo común y el amparo colectivo para la tutela del medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva*

El art. 43 contiene cuatro distintos medio de tutela a ser aplicados por el Poder Judicial. El primero es el amparo clásico, mejorado y ampliado. El segundo es el

<sup>80</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 41, IX, 3 y 4, p. 601.

<sup>81</sup> Ver MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 318 y ss.

<sup>82</sup> Ver el cuestionario a "Derechos no enumerados: el caso de la salud y el medio ambiente," en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos, op. cit.*, p. 182 y ss.; ROSSI, ALEJANDRO, "La defensa supranacional del derecho a un medio ambiente sano," en GORDILLO, GORDO, LOIANNO, ROSSI, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ª ed., cap. V.

<sup>83</sup> Por Resolución 39/07 del Defensor del Pueblo de la Nación se recomienda a la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación que expida las instrucciones necesarias para la inmediata reglamentación de las leyes 25.675, 25.612, 25.670 y 25.688.

<sup>84</sup> Ley 25.675.

<sup>85</sup> Ley 25.612.

<sup>86</sup> PCBs: policlorobifenilos o bifenilos policlorados, ley 25.670.

<sup>87</sup> Ley 25.688.

<sup>88</sup> Ley 25.916.

amparo<sup>89</sup> ambiental. También el usuario o consumidor de bienes y servicios y sus derechos e intereses legítimos o difusos y de incidencia colectiva,<sup>90</sup> que refuerza a nivel procesal los derechos de los arts. 41 y 42,<sup>91</sup> en cuanto al fondo. Se otorga así un específico campo de control al Poder Judicial, reconociendo el deber jurisdiccional de controlar la actividad administrativa o de particulares que afecte el ambiente o tales derechos o intereses. Importa la legitimación procesal del interés legítimo y difuso, en el amparo y en el juicio ordinario, de las asociaciones de usuarios, vecinos, consumidores y demás entidades no gubernamentales.

## 16.2. Hábeas data<sup>92</sup>

Otra modificación es el *habeas data* contra los registros o bancos de datos públicos y privados. El texto de la ley 25.326 extiende el *habeas data* respecto de los bancos de datos privados<sup>93</sup> solamente cuando ellos estén “destinados a proveer informes;” pero cabe darle el sentido de que se refiere a los que estén destinados, actual o potencialmente, a proveer informes. Corresponde desarrollar el principio y darle una extensión más amplia, p. ej. para tutelar el derecho de los clientes de bancos y empresas de tarjetas de crédito, que aunque no estén destinados a dar informes, pueden de hecho darlos a pedido de otras entidades análogas: El particular tiene derecho a saber qué consta sobre él en tales bancos de datos y, en su caso, a requerir la modificación de los errores que contengan.

El *habeas data* debe desarrollarse jurisprudencialmente, como alguna vez lo hizo el amparo, para la tutela de la privacidad respecto de los datos que no deseamos figuren en una base de datos o se entreguen a terceras personas, o sean accesibles, sin nuestra conformidad. La privacidad debe ser una cuestión de orden público, irrenunciable por los individuos, pues se tutela un bien colectivo y no meramente individual.<sup>94</sup> En consecuencia, su trámite ha de equipararse al de las acciones de clase cuando se trate de derechos de incidencia colectiva pues no se trata de cuestiones exclusivamente limitadas a un caso individual.<sup>95</sup>

Debe destacarse que a veces el funcionamiento efectivo de la libertad de prensa lleva a que denuncias efectuadas por ese medio respecto de actos secretos del gobierno, den prontamente lugar a rectificaciones o aclaraciones oficiales

<sup>89</sup> Ver “Un día en la justicia: los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional,” LL, 1995-E, 988, y en GORDILLO, AGUSTÍN Y FLAX, GREGORIO (coords.), *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2006, 6ª ed., cap. XII. Ver CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, 2006; *infra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9; cap. XV, p. 3 y nota 14; *Halabi*, comentado *supra*, cap. II, 5.2.b), pp. 24/5.

<sup>90</sup> Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III.

<sup>91</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

<sup>92</sup> El tema se rige por la ley 25.326. Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, 4ª ed., *op. cit.*, t. I, comentario al art. 43, § 3, “Hábeas data,” p. 635 y ss; MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 352-65.

<sup>93</sup> Ampliar en GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, *op. loc. cit.*

<sup>94</sup> Un importante avance es el caso *Halabi*, CSJN, 2009, *supra*, cap. II, 5.2.b), pp. 24/5.

<sup>95</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, § 1, 3 y 5. Un resumen de jurisprudencia en DIEGUES, JORGE ALBERTO, *Habeas data*, LL, 11-III-09, pp. 10-11.

proporcionando la información requerida.<sup>96</sup> Es un indudable progreso, aunque la noticia en sí no sea indicativa de una buena tendencia, ya que se trataba en la especie de otra nacionalización por vía de transferencia al Estado del paquete accionario de una empresa privada, como se explica en el lugar citado en la nota precedente, con el agravante de no haber sido pública si no se la hubiere denunciado periódicamente.

### 16.3. Hábeas corpus<sup>97</sup>

No es menor la importancia de la previsión constitucional del habeas corpus, destinado a corregir trágicos errores del pasado reciente. Con todo, lo cierto es que su efectividad depende de que el sistema jurídico y social tengan condiciones tales como para que no se repitan los mecanismos que crearon la necesidad de esta norma. El art. 36 hace bastante en tal sentido, al privar del necesario sustento civil a cualquier intento de arrebatarse el poder constitucional,<sup>98</sup> pero son necesarias otras realidades sociales para hacerlo efectivo. Felizmente ellas se han dado.<sup>99</sup>

### 16.4. *Rectificación y respuesta*

El Poder Judicial debe aplicar el derecho de rectificación y respuesta que tutela el art. 14 del Pacto de San José, que en modo alguno limita la libertad de prensa, sino que equilibra el poder de unos pocos frente al derecho a la intimidad y a la privacidad de toda la ciudadanía. Basta pensar en el constante abuso que alguna prensa televisiva hace actualmente sobre la privacidad e intimidad de las personas a quienes somete, sin previo consentimiento<sup>100</sup> escrito, a sus infamados *bloopers* y cámaras ocultas que explotan la sorpresa, ingenuidad y cholulismo de las clases menos favorecidas de la sociedad y el sadismo de los televidentes en general; o en cualquier caso su engaño al público. Lo mismo cabe decir de los programas televisivos que se aprovechan de la indefensión de personas a quienes ridiculizan en desmedro del respeto mínimo a la persona: Allí existe un amplio campo para la aplicación de este derecho humano básico en la era contemporánea. El difícil equilibrio entre la libertad de prensa en su manifestación televisiva y la dignidad de la persona humana está otra vez en juego. Pero ahora pareciera que se está en el peor de los mundos, pues no aumenta la tutela de la dignidad de la persona humana por la televisión y en cambio disminuye sustancialmente

<sup>96</sup> OSCAR CUATTROMO, "Un proyecto de recuperación aeronáutica sin secretos," *Crítica de la Argentina*, 21 de febrero de 2009, p. 8 y sus referencias.

<sup>97</sup> Ampliar en GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, *op. cit.*, pp. 422-8.

<sup>98</sup> Ampliar en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 286 y ss.

<sup>99</sup> En efecto, la supresión del servicio militar obligatorio ha sido clave para que las fuerzas armadas se vieran materialmente impedidas de asumir roles que no les corresponden, como lo explicamos en "La constitucionalidad formal..." *op. cit.*, nota 94 *in fine*, p. 98, lo destacado con margen especial. En el estilo punzante de JORGE LANATA, "Dios, patria y yuyo," *Crítica de la Argentina*, 22- II-09, p. 4. .

<sup>100</sup> Consentimiento que, a su vez, debe ser informado.

la libertad de prensa por ese y otros medios, al menos a la época de aparición de esta 10ª ed. Ojalá la oxigenación legislativa del 2009 permita cambiar el entorno, aunque hay muy preocupantes advertencias en sentido contrario.<sup>101</sup>

### 16.5. *Iniciativa popular*

Sus requisitos han sido establecidos por la ley 24.747, de manera altamente restrictiva demostrando que el poder, aún electivo, siempre teme a la participación popular. El ejemplo sirve para demostrar cuánto camino nos resta por recorrer como sociedad civil.

### 16.6. *La ley de defensa del usuario y consumidor*<sup>102</sup>

Esta ley, de orden público, otorga al usuario y consumidor de servicios públicos,<sup>103</sup> tanto individual como asociativamente, la vía de conocimiento más abreviada de cada jurisdicción —que puede ser el juicio sumario<sup>104</sup> o sumarísimo— para la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Su importancia constitucional no puede ser desconocida y hasta puede ser un remedio más eficaz que el amparo, que antes de ahora a tantos jueces disgustaba. No le pueden tampoco inventar requisitos absurdos, pues no los tiene y ella misma exige que en caso de duda ha de estarse a favor del usuario del servicio público o consumidor de servicios, lo cual incluye a nuestro juicio los servicios de la administración pública.

### 16.7. *Observaciones comunes. La poca cantidad de jueces*

En los casos mencionados la efectividad del sistema dependerá en gran medida del esfuerzo, voluntad de servicio, coraje e independencia de los integrantes del Poder Judicial, pero también de su número. Si el Poder Legislativo no decuplica como mínimo en forma inmediata el número de jueces, es demasiado probable que al verse éstos superados por el número de peticiones, terminen cercenando en la práctica la eficacia de la norma constitucional.<sup>105</sup> Si ello llega a suceder, será una responsabilidad política del Poder Judicial, pero compartida con el Poder Legislativo y los partidos políticos<sup>106</sup> cuyo acuerdo llevó al texto constitucional:

<sup>101</sup> MAJUL, LUIS, “Una clase magistral de política y negocios,” *El cronista*, 24 de febrero de 2009, p. 14, quien ve un proyecto de poder económico permanente, similar al ruso.

<sup>102</sup> Ver leyes 24.240 y 26.361 que refuerzan la protección al consumidor o usuario. Sin embargo, hace falta también la voluntad de cumplir y hacer cumplir las leyes.

<sup>103</sup> Ver ARENA, GREGORIO, “L’ «utente-sovrano»,” en *Università de Venezia, Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Mucchi, Módena, 1996, p. 147. Es la figura del usuario la suprema hoy, tanto frente al concesionario como a la administración pública.

<sup>104</sup> No en el orden nacional, en que ha sido eliminado por la reforma procesal de 2002.

<sup>105</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XIV, “Problemas del acceso a la justicia;” “«Corralito.» Justicia Federal de primera instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217; “Justicia federal y emergencia económica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, Rap, 2003, pp. 117-22. La cuestión quedó superada, en apariencia, con la puesta en funciones de los nuevos jueces provinciales.

<sup>106</sup> Ver el punzante comentario de SCHERLIS al que remitimos *supra*, nota 28.

Éste de nada sirve si no hay jueces en cantidad y con medios suficientes,<sup>107</sup> o si los jueces no están con el coraje suficiente para ejercer su función de control del poder político a veces hegemónico.

### III. Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar

#### 17. *Los derechos individuales en el Estado de Derecho*

Estos principios y otros más de índole similar, integran así uno de los más trascendentales avances en la organización política y jurídica de los pueblos, que se designa bajo el nombre genérico de “Estado de Derecho.” El “Estado de Derecho,” se ha ido perfeccionando: Al principio lo fundamental fue el respeto a la ley, en el principio de *legalidad* de la administración. Luego es la ley la que debe respetar principios constitucionales, a través del control judicial difuso y de oficio de dicha constitucionalidad.

Se llega por fin a la etapa de un orden jurídico supranacional de garantías individuales, que opera también como derecho interno, sin perjuicio del control ulterior en el plano internacional en caso de no remediar los jueces locales la transgresión a los derechos individuales.<sup>108</sup> El individuo aparece así protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: Por un lado, que la administración respete a la ley y por el otro, que el legislador respete a la Constitución, a la Convención y demás pactos supranacionales. El centro de la cuestión radica siempre, como se advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos.<sup>109</sup> Ahora bien, esta magnífica concepción del Estado de Derecho es ante todo negativa: ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares. La frase de ALBERDI puede, nuevamente aquí, ser definitoria: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano [...] *para refrenar y limitar a sus delegatarios*, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.”<sup>110</sup> Siempre ha habido y habrá tal vez en el mundo experiencias de gobiernos totalitarios o autoritarios que quieran obrar arrasando

<sup>107</sup> Ver GUGLIELMINO, OSVALDO, “La Justicia Federal en la emergencia,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 23-30; AHE, DAFNE SOLEDAD, “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 41-51; ARIAS, LUIS FEDERICO, “El «descontrol» de la función administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” en AHE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 227-53; del mismo autor, “La alquimia, el derecho y la política,” [http://www.respublicaargentina.com/archivos\\_bajar/Arias.doc](http://www.respublicaargentina.com/archivos_bajar/Arias.doc)

<sup>108</sup> *Infra*, cap. VI.

<sup>109</sup> Este es el *quid* de la cuestión, que advertimos con poco éxito desde 1960, comenzando por nuestro art. “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1960, p. 227 y ss.

<sup>110</sup> Este criterio ha sido rezeptado tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la CSJN, *in re Arce* (1997), LL, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 76, p. 165.

a los individuos: contra esos gobiernos protege la idea del Estado de Derecho, como una valla, como un límite.<sup>111</sup>

### 18. *La vieja superación del liberalismo clásico*

Pero, si bien ello es necesario, no es suficiente. El solo cumplimiento de los postulados de libertad e igualdad con la protección del Estado podía resultar en paradojas, pues la sociedad presenta diferencias económicas y sociales que no hacen sino acentuarse en un régimen puramente negativo de organización política, es decir, en un régimen que se contentaba con proteger los derechos de propiedad, libertad, etc., tal y como los encontraba, sin preocuparse de mejorarlos cuando de hecho eran insuficientes. Veremos en estos párrafos que la opuesta no es necesariamente realista.

Si el Estado se limitara a contemplar impasible cómo las diferencias sociales se acentuaban de hecho, sin tomar ninguna acción para ayudar a los más necesitados a progresar parejamente con los demás, estaría contribuyendo tácitamente a una verdadera negación de los derechos que postula para los individuos. De nada serviría *reconocer* a “todos” los individuos un derecho a la propiedad, o libertad de trabajo, o de enseñar y aprender, si las condiciones socioeconómicas imperantes (miseria, enfermedades, accidentes, ignorancia, vejez) excluyeran permanentemente a algunos individuos de toda oportunidad de ser propietarios, trabajar libremente, o aprender y enseñar.

### 19. *Las respuestas autoritarias: la negación de los derechos individuales*

Ante esa paradoja surgieron en determinado momento las doctrinas que volvían al punto de partida: para lograr condiciones sociales y económicas justas para todos, no encontraban otro camino que la destrucción del Estado de Derecho, la negación de los derechos individuales y la postulación del autoritarismo: era la “dictadura del proletariado,” o cualquiera de las otras corrientes negatorias de los derechos. Si bien los autores socialistas hablaban con frecuencia de la instauración de una “legalidad socialista,” ésta era radicalmente distinta en su finalidad y en su función de la idea de legalidad en el mundo occidental: No trataba de proteger individuos o situaciones, sino de crear situaciones nuevas, específicamente, la sociedad socialista.<sup>112</sup> Sin perjuicio de que tenía otros méritos, no tenía el de garantizar la seguridad jurídica o la libertad política y con ello constituía obviamente otro extremo opuesto, igualmente criticable —aunque con

<sup>111</sup> Ver también SMEND, RUDOLF, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, p. 311 y ss., su art. “Bürger und Bourgeois in deutschen Staatsrecht.” Ampliar en DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1962, pp. 210-2; BURDEAU, GEORGES, *Traité de science politique*, t. V, París, 1955, *L'État libéral*; BERTHÉLEMY, J., *Valeur de la liberté*, París, 1935.

<sup>112</sup> Ampliar en BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, pp. 30-6 y su lúcida comparación de la “legalidad individualista,” la “legalidad socialista” y la “legalidad social.”

distintos motivos— que el del clásico liberalismo capitalista a ultranza. Además, no lograba tampoco realizar los invocados fines sociales.

## 20. *Crisis del autoritarismo*

Pero esto tuvo la misma contradicción interna del liberalismo clásico, sólo que a la inversa: por pretender asegurar a los individuos una situación económica y social satisfactoria, los privó del goce de los derechos de la libertad; también es paradójal afirmar que a un individuo se le ha dado una condición social digna si no se le deja expresar su pensamiento, trabajar libremente, entrar y salir del país, etc.

En una variante posmoderna, se priva de derechos a unos para hipotéticamente dárselos a otros, invocando un supuesto progresismo o “socialismo del siglo XXI.”<sup>113</sup> Pero el primer país del mundo ya se encaminó en este año a lo que un economista llama un modelo de capitalismo para el siglo XXI, fundado en una reforma tecnológica que se adecue a una era de cambio climático, estrés hídrico, inseguridad energética y escasez de alimentos.<sup>114</sup>

Así como no hay verdaderos derechos sin condiciones económicas y sociales para ejercerlos adecuadamente, así tampoco habrá condiciones económicas y sociales verdaderamente justas si no se otorgan derechos para disfrutarlas. En este último aspecto, puede recordarse con RADBRUCH que “de ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha»,” sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.<sup>115</sup>

Y desde luego, no pudimos llamarnos a engaño con que se nos dijera que la negación de los derechos individuales era sólo temporaria, mientras se rompían las estructuras o superestructuras económicas existentes; que una vez lograda tal finalidad podría otra vez darse el pleno goce de todos los derechos, puesto que: *a*) la experiencia de los que lo han intentado demostró que la “temporariedad” era poco menos que permanencia; *b*) la prolongada inactividad en el ejercicio de un derecho termina necesariamente por atrofiarlo, tal vez definitivamente; sólo el ejercicio constante de los derechos individuales es la auténtica garantía

<sup>113</sup> El caso más claro, desde luego, es el de Venezuela en esta primera década del siglo XXI. Sin embargo, no pareciera ser una fórmula de éxito para enfrentar los problemas. Ver las reflexiones de SACHS sobre el cambio norteamericano a partir de 2009, en la nota siguiente. El llamado socialismo del siglo XXI al menos ha disminuido la tasa de pobreza y exclusión social, el capitalismo de amigos en cambio las ha aumentado.

<sup>114</sup> JEFFREY SACHS, “Está naciendo un nuevo modelo de capitalismo,” *Clarín*, 14 de febrero de 2009, p. 25. En esta era, según el autor, la ideología del mercado libre es un anacronismo, refiriéndose a los cambios tecnológicos impuestos a la industria para enfrentar este nuevo esquema de la realidad. Pero no se parte de una negación total de derechos, sino de unos ajustes en el modelo energético.

<sup>115</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, 1962, p. 36. Volvemos sobre el tema en “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” ambos en prensa, ya citados.

de su supervivencia;<sup>116</sup> c) por lo demás, tan válido como querer suprimir “por ahora” los derechos individuales para lograr las condiciones socioeconómicas deseadas, sería suprimir “por ahora” las aspiraciones de una mejor situación económica para afianzar mientras tanto las libertades existentes. Ambos caminos son ilógicos y contradictorios, pues lo que cada uno postula como básico es en verdad inseparable de lo otro. Ha dicho HOBHOUSE comparando al liberalismo y al socialismo, que en verdad “los dos ideales no están en conflicto, sino que se complementan”<sup>117</sup> y lo incompatible es el resultado que dan: En un caso, la perpetuación de la desigualdad económica, en el otro la destrucción de los derechos individuales.

Es contradictorio definir a la libertad, en su significado socialista, como una organización social que “crea las condiciones óptimas para dar una completa respuesta a las necesidades fundamentales del hombre, sean ellas materiales, psicológicas o intelectuales” y que “permite esta expansión de los comportamientos humanos,”<sup>118</sup> si el sistema creado para lograrlo no permite justamente la expansión intelectual, psicológica, cultural y a veces ni siquiera física, como la mera traslación de la persona de un lugar a otro, dentro o fuera del país, etc. En esas condiciones es absurdo afirmar que se ha logrado cumplir el postulado del cual se partió. En otras palabras, el socialismo autoritario encierra la misma paradoja, la misma contradicción fundamental, que el liberalismo clásico.

Con fines coincidentes y antítesis en los medios, ambos fracasan en sus fines: Los medios elegidos son inadecuados, en ambos casos, para producir los resultados deseados.

### 21. *Una nueva solución: el Estado de Bienestar*<sup>119</sup>

En el siglo XIX y XX aparece una superación de ambos extremos, de gran logro conceptual, pero que tiene a su vez el inconveniente de que los países desarrollados han sabido manejarlo mejor que los países emergentes, con mecanismos institucionales de mejor o peor calidad según el caso, y mayor o menor aptitud personal de los agentes de cambio, como asimismo el uso de tales mecanismos como forma de desarrollo democrático de contenido social o mero clientelismo populista. En otras palabra, una cosa es declamar el Estado de Bienestar, inclu-

<sup>116</sup> MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168: “una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura;” WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pp. 85-6.

<sup>117</sup> HOBHOUSE, *Democracy and Reaction*, Londres, 1903, p. 228.

<sup>118</sup> JANNE, HENRI, “Les problèmes de la planification,” en AA.VV., *Les problèmes de la planification*, Bruselas, 1963, p. 123.

<sup>119</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO; GARCÍA DELGADO, JOSÉ LUIS y GONZÁLEZ SEARA, LUIS (directores), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Civitas y Escuela Libre Editorial, 2002; PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.

so dictando múltiples leyes y planes en tal sentido, y otra muy distinta lograr hacerlo realidad con eficiencia y honestidad, sin dilapidar fondos públicos ni ponerlos en los bolsillos propios o de los amigos.

A veces la incapacidad o peor aún, la corrupción o el clientelismo utilizado para el dictado de las iniciativas en tal sentido, produce un doble efecto negativo: paralizan la economía y no logran, tampoco, los fines sociales supuestamente perseguidos. El fracaso es entonces total. En todo caso, apartándose de ambos extremos y buscando la unión de lo fundamental en el Estado de Derecho —las garantías individuales de la libertad— y esto que ahora aparecía como indispensable —la gradual superación del ahogo económico y social— se afirmó crecientemente en el decurrir del siglo XX la concepción del “Estado de Bienestar”<sup>120</sup> o Estado Social de Derecho,<sup>121</sup> Estado Social,<sup>122</sup> etc.

Como dijo TREVES: “Se trata de una forma de Estado que interviene activamente a favor de los ciudadanos y especialmente de los menos pudientes, quienes más necesitan de su ayuda;” se acuñó el concepto de “libertad de la necesidad.”<sup>123</sup> Desde entonces “la idea central en que el Derecho [...] se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.”<sup>124</sup> Siguiendo otra vez a MANNHEIM, “la esencia del cambio consiste en pasar de la garantía negativa de la libertad y la propiedad a ejercer un influjo positivo en el proceso de la producción y de la distribución de la riqueza.”<sup>125</sup>

Hacia fines del siglo XX el énfasis ya se concentró en lo social, no en el intervencionismo económico, salvo en materia de control de monopolios, defensa de la competencia, etc. Ejemplos de este tipo de acción del Estado en materia social son no solamente sus obligaciones clásicas en materia de salud, educación, justicia para todos, seguridad igualitaria y no discriminatoria, sino también seguro de desempleo, sistemas de previsión y seguridad social, vivienda,<sup>126</sup> etc.

<sup>120</sup> GIUMELLI, GUGLIELMO, “A proposito di alcune recenti discussioni sulle origini del Welfare State,” *Amministrare. Rassegna internazionale di pubblica amministrazione*, Milán, 1979, 3/4: 287, recuerda las *Poor Laws* de Inglaterra de 1536 y 1601. Para la evolución del siglo XX ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 1, cap. 2, § 3, ap. 1, pp. 62-5.

<sup>121</sup> BACHOFF, OTTO, *Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates*, separata, Darmstadt, 1968; FORSTHOFF, ERNST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1954, p. 27 y ss.

<sup>122</sup> BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo y socialización*, op. cit., p. 58 y ss.; BONAVIDES, PAULO, *Do estado liberal ao estado social*, San Pablo, 1961, p. 203 y ss.

<sup>123</sup> TREVES, GIUSEPPINO, “El «Estado de Bienestar» en el «Estado de Derecho»,” *DT*, XVIII-1959: 5.

<sup>124</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162, haciendo referencia en particular al derecho del trabajo.

<sup>125</sup> MANNHEIM, op. cit., p. 43; BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, p. 43.

<sup>126</sup> Sobre estos puntos ver, entre otros, DANIELE, NÉLIDA MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1, 31-70; “La emergencia en Salud. Jurisprudencia de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 129-46.

## 22. Estado de Derecho y Estado de Bienestar

La diferencia básica entre la concepción clásica del liberalismo y la del Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho,<sup>127</sup> es que mientras en aquélla se trata tan sólo de ponerle vallas al Estado, olvidando fijarle también obligaciones positivas, aquí, sin dejar de mantener las vallas, se le agregan finalidades y tareas a las que antes no se sentía obligado. Pero no todo es color de rosa, como veremos a continuación.

La identidad básica entre el Estado de Derecho y el Estado de Bienestar, a su vez, reside en que el segundo toma y mantiene del primero el respeto a los derechos individuales y es sobre esa base que construye sus propios principios. Ahora bien, ¿qué relación hay entre ellos? ¿Se trata de una noción que ha venido a sustituir a la otra? ¿Cuán eficaz es la implementación del Estado de Bienestar? ¿Sus costos no superan a veces las posibilidades materiales de un Estado débil?<sup>128</sup> En el primer aspecto, si tomamos la noción tradicional de Estado de Derecho, parecería tal vez que ha sido sustituida por la del Estado de Bienestar; pero ello no es así. La noción de “Estado de Bienestar” ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola pero no suprimiéndola. En rigor, la noción de “Estado de Bienestar,” tomada aisladamente, también es insuficiente, por cuanto hace hincapié en la acción positiva que el Estado debe tener, dando por supuesta la existencia de los límites negativos que la doctrina del Estado de Derecho ha construido. Este supuesto no puede perderse de vista, so pena de caer en los excesos totalitarios a que ya nos hemos referido. No existe antítesis entre ambos conceptos. Como afirma TREVES, “también el «Estado de Bienestar» se preocupa por la libertad de los individuos y se esfuerza por extenderla, poniendo a disposición de ellos toda una serie de servicios sociales.”

El hecho de que la idea del Estado de Bienestar implique, en algunos casos, restricciones a los derechos individuales para mejor lograr ciertos objetivos de bien común, tampoco es demostración de que sea antitética con la noción de Estado de Derecho, pues ésta también admite la limitación de los derechos individuales con finalidades de interés público y en definitiva, “si el «Estado de Bienestar» reduce por un lado la esfera individual, lo hace para poder acrecentarla por otro,”

<sup>127</sup> La terminología y el grado o tipo de intervención varía con el tiempo y las políticas.

<sup>128</sup> Ello no ocurre en igual medida en la CABA, que no es débil: DANIELE, MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87, publicado también en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 31. Pero a nivel nacional el sistema de subsidios a todas las tarifas terminó por hacer implosión. Ver nuestros ya citados trabajos “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina;” ver también ELIASCHEV, NICOLÁS, “Peajes y subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1, 11-18; SILVETTI, ELENA M., “Cargos específicos. ¿Tributos encubiertos?” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006/2-43.

por lo que “la afirmación del *Welfare State* no implica de por sí una negación del *Rechtsstaat*, sino que presupone en cambio su permanencia y hasta su expansión.”<sup>129</sup> Más difícil es el tema de la eficiencia y eficacia del Estado de Bienestar en asignar y gastar los recursos de finalidad social. Es claro, p. ej., que algunos sistemas previsionales brindan poco pero gastan mucho en su propia estructura, personal, gastos corrientes, etc. Por eso se comienza a explorar la idea de beneficios y ventajas sociales no operadas por el Estado, como el caso de la seguridad social en manos privadas, las obras sociales, mutualidades, etc.

### 23. *Garantías individuales y garantías sociales*

Dentro de la temática del Estado de Bienestar se habló a veces de “garantías sociales,” que serían las manifestaciones concretas de sus postulados: el amparo del trabajador, la asistencia social, los seguros sociales, seguro de desempleo, protección de la niñez y la vejez, etc.; incluso algunas constituciones modernas incluyen entre los derechos de los individuos, al par de los clásicos, estos “derechos sociales.” La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, incluye los derechos económicos, sociales y culturales como pauta programática tendiente a su “desarrollo progresivo,” a tenor del art. 26.<sup>130</sup>

Según la formulación que se elija, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la misma sanción de la norma constitucional y sin necesidad de norma legislativa alguna que los reglamente, o podrán en cambio resultar derechos programáticos, propuestas u objetivos de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no decidan efectivizarlos. A lo sumo, pueden en el segundo caso llegar a tomarse como principios generales orientadores del ordenamiento jurídico.<sup>131</sup>

Entre los primeros figuran generalmente las disposiciones que reconocen o garantizan los distintos derechos humanos, que son derechos operativos por excelencia; entre las segundas, normas que establezcan, p. ej., el derecho del obrero “a la participación en la dirección de las empresas,” que no son exigibles sin ley que las regule. Existen por fin casos en que la garantía se torna operativa si existe una irrazonable demora del legislador en reglamentarla (el viejo caso del derecho de réplica<sup>132</sup> en el Pacto de San José de Costa Rica y los demás derechos de la Constitución de 1994.)

<sup>129</sup>TREVES, *op. cit.*, p. 7. En igual sentido LÓPES MEIRELLES, HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, San Pablo, 1966, p. 490.

<sup>130</sup>Lo explicamos en *Derechos humanos, op. cit.*, 6ª ed., cap. VIII.

<sup>131</sup>Se sostiene que su interpretación, por lo demás, ha de ser realizada con la máxima amplitud posible: BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social,” *RDP*, 57/58: 233; San Pablo, 1980. La experiencia argentina, por su parte, ha tenido siempre un tono meramente declamatorio que no se ve reflejado en la realidad de los índices de pobreza y exclusión social.

<sup>132</sup>EKMEKDJIAN, CSJN, *Fallos*, 315-2: 1492 (1992); *ED*, 148: 354.

Por lo general, los derechos sociales requieren para su operatividad la implantación de todo un sistema normativo y un aparato administrativo dotado en la ley de presupuesto con recursos al efecto, por lo que no suele ser suficiente, a los efectos jurídicos concretos de la práctica judicial, la mera inserción en la Constitución de una “garantía social.” Señala por ello BURDEAU que en tales situaciones “los textos que los enuncian están menos dirigidos a condensar en una fórmula solemne las realidades del derecho positivo, que a trazar para el futuro un programa al legislador.”<sup>133</sup> Algunos países en el último siglo modificaron la Constitución para incorporarlos. Es una tendencia superada, pues pueden ser introducidos por la legislación sin necesidad de una reforma constitucional; a su vez, sin esa legislación e instrumentación no existirán a pesar de que en la Constitución se los incluya como normas programáticas.

Con todo, no tratamos aquí el criterio para interpretar una norma constitucional o supraconstitucional a efecto de determinar si los derechos sociales que crea son normas imperativas o programáticas, sino cuál es la relación concreta entre los llamados “derechos sociales” y los tradicionales derechos individuales también dotados de imperatividad actual.

### 23.1. *Acerca de la posible contradicción entre ambas*

BURGOA, refiriéndose a la Constitución mexicana, plantea expresamente la cuestión: “se ha afirmado que nuestra Ley Fundamental es incongruente consigo misma, puesto que, por una parte, consagra garantías individuales y, por la otra, establece garantías sociales, conceptos ambos que a veces se oponen.”<sup>134</sup> “Ante tal aparente oposición entre las garantías individuales y las sociales, al menos en materia de trabajo, nos formulamos la siguiente cuestión: ¿Son en realidad incompatibles las garantías individuales y las sociales? ¿Existe efectivamente oposición entre ambas?”<sup>135</sup>

Este autor resuelve la cuestión señalando que “las garantías individuales persiguen como objetivo proteger al individuo como *gobernado* frente a las arbitrariedades e ilegalidades del poder público, frente a los desmanes de las autoridades depositarias del ejercicio de la actividad estatal,” mientras que las garantías sociales tenderían a proteger sólo a las clases económicamente más desfavorecidas de la sociedad y no tanto frente a las autoridades públicas sino frente a las clases más poderosas.<sup>136</sup> En sentido similar BURDEAU consideraba que los derechos sociales son de una clase y específicamente de la clase obrera.<sup>137</sup> No creemos, sin embargo, que el problema pueda resolverse de ese modo: a) porque

<sup>133</sup> BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; Kelsen, HANS, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, pp. 261-2.

<sup>134</sup> BURGOA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, México, 1961, p. 184.

<sup>135</sup> BURGOA, *op. cit.*, p. 185.

<sup>136</sup> *Op. cit.*, pp. 186-7.

<sup>137</sup> *Op. cit.*, p. 310.

las garantías individuales clásicas no sólo son oponibles al Estado sino también a los demás habitantes (libertad, etc.), aunque la finalidad básica sea la primera; b) porque las garantías sociales, por su parte, tampoco son sólo oponibles a otros individuos económicamente más poderosos, sino también al mismo Estado (jubilación, seguro social, asistencia médica); c) por último, todos los individuos y no solamente las clases obreras son titulares de derechos sociales; prueba de ello es que existan sistemas jubilatorios no sólo para los obreros sino también para los profesionales e incluso para los propios empleadores y empresarios en general; lo mismo puede decirse del derecho a la asistencia médica, tanto en un sistema de medicina privada con hospitales públicos, como en un sistema de medicina socializada al estilo inglés; del seguro de desempleo, etc.

### 23.2. *Complementariedad*

En realidad, ambos tipos de garantías —si es que una tal división puede efectuarse— se reafirman mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementan. ¿Podríamos decir que la libertad de enseñar y aprender sería efectiva sin una libertad de expresión del pensamiento? ¿O que la libertad personal sería plena sin la de entrar y salir del país? Evidentemente, no: cualquier garantía de libertad será siempre más plena y efectiva en la medida en que existan también las llamadas garantías sociales; por ello, la existencia de éstas, lejos de significar una contradicción con aquéllas, implica en cambio su revitalización más plena; como diría BURDEAU, los derechos sociales “revalorizan la libertad.”<sup>138</sup> Desde luego, siempre existirá el problema de la medida de cada uno de los derechos: Si exacerbamos los derechos individuales en detrimento extremo de los sociales, estaremos desvirtuando el Estado de Bienestar; si exacerbamos los derechos sociales en perjuicio excesivo e irrazonable o arbitrario de los derechos individuales estaremos violando el régimen del Estado de Derecho. Se trata de una cuestión de equilibrio, a resolverse en forma justa y razonable en cada caso.<sup>139</sup> El gran dilema aparece, en la actualidad, por la debilidad de los Estados, como explicamos en el cap. IV y por la impericia o corrupción y clientelismo con que veces el Estado se encarga de enfrentar los problemas sociales. La comparación de las intervenciones estatales en la economía en nuestro país y en los EE.UU., en 2009, ofrece una clara demostración en el sentido que no basta con buenos principios, hace falta además pericia y honradez para hacerlos realidad. Cabe agregar que hace algunos años se instaura en nuestro país un masivo sistema de subvenciones que todo indica contribuye no a la distribución de la riqueza sino a su concentración en el grupo de amigos del poder o de empresarios serviciales al poder de turno. Esa es nuestra oligarquía, al igual que la rusa.

<sup>138</sup> *Op. cit.*, p. 311.

<sup>139</sup> Tarea nada sencilla, por supuesto, como lo explicamos en “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality.”

## 24. *La libertad en el Estado de Bienestar*

Como afirma ROBSON: “La libertad debe desempeñar un papel vital en el Estado de Bienestar y un interrogante crítico de nuestro tiempo es hasta dónde la libertad es compatible con un grado sustancial de igualdad. La respuesta, como HOBHOUSE claramente lo vio, depende de qué entendemos por libertad. La idea tradicional de libertad ha sido la ausencia de restricciones por el Estado. Postula que los hombres deben ser libres para seguir la ocupación que ellos elijan, disponer de su capital o de su trabajo como les plazca. Deben tener libertad de expresión y de reunión, libertad para no ser detenidos y encarcelados arbitrariamente, libertad para asociarse con otros en organizaciones de grupos por propósitos sociales, políticos o económicos. Estos tipos de libertad han sido protegidos por la ley, por la administración de justicia independiente y por la democracia política. Realmente, una de las grandes diferencias entre el Estado de Bienestar y el régimen totalitario reside en la presencia de tales salvaguardias de la libertad individual. Ningún país que tenga policía secreta, en el cual los ciudadanos están expuestos a arrestos arbitrarios, donde las ideas peligrosas pueden llevar a juicio criminal, donde es un crimen propugnar un cambio de gobierno puede ser un Estado de Bienestar.”

“No obstante, las antiguas formas de libertad no son suficientes para asegurar el bienestar y ellas necesitan ser suplementadas por una nueva interpretación de la libertad. La libertad debe ser positiva y no solamente negativa. Debe existir no solamente libertad contra el Estado sino también libertad alcanzada a través del Estado en la forma de oportunidades para el completo desarrollo ofrecido a cada individuo.”

En el caso argentino, las medidas legislativas para atender los derechos sociales terminan creando un sistema irreal. Cabe destacar la extensa inversión y gasto público del Estado de Bienestar: programas sociales y de empleo, de desarrollo social,<sup>140</sup> programas alimentarios, de empleo transitorio,<sup>141</sup> legislación protectora de los niños,<sup>142</sup> enfermos de SIDA,<sup>143</sup> discapacitados,<sup>144</sup> servicios sociales para la

<sup>140</sup> “Compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” art. 16, leyes 25.400 y 25.570.

<sup>141</sup> Igual norma. También, programas específicos de prestaciones por desempleo, p. ej. en la industria de la construcción, leyes 25.371, 22.250, 24.013.

<sup>142</sup> CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, Fallos, 313-3: 3229, cons. 17 y ss.; LL, 2001-B, 323; DJ, 2001-2: 94.

<sup>143</sup> CSJN, *Asociación Benghalensis*, LL, 2001-B, 126, con nota de TORICELLI, MAXIMILIANO “Los alcances del art. 43, párr. 2º. La consolidación de la buena doctrina.” Una completa relación de precedentes judiciales en CONTARINI, FAIRSTEIN, KWEITEL, MORALES, ROSSI, “Argentina,” *op. cit.*, pp. 70-79. Ley 24.455 crea el Programa Médico Obligatorio para las personas adictas.

<sup>144</sup> Ley 24.901 de atención integral a favor de personas con discapacidad. A su vez la Ciudad de Buenos Aires tiene obligación legal de emplear hasta un 5% de personas con discapacidad, pero se cuestiona judicialmente el grado de cumplimiento de la ley. Una acción de amparo colectivo iniciada por la Comisión Pro Bono del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires fue resuelta favorablemente a los actores por la Sala II de la CCAyT de la Ciudad: Ver CASTRO, ÁNGELES, “Obligan a contratar discapacitados. La Justicia ordenó al gobierno porteño que tome medidas para cumplir con el cupo legal del 5%,” *La Nación*, 4-III-09, p. 12.

tercera generación (PAMI), servicios de prevención y cura de enfermedades tales como la drogadicción<sup>145</sup> y otras dolencias;<sup>146</sup> plagas,<sup>147</sup> epidemias,<sup>148</sup> pandemias; fomento de las actividades recreativas; asistencia jurídica a las personas carentes de recursos;<sup>149</sup> tutela del usuario y del consumidor,<sup>150</sup> etc. Un caso especial es el de las jubilaciones y pensiones, que suelen ser la primera variable de ajuste en épocas de necesidad financiera, en todos los gobiernos argentinos de cualquier signo político y económico, cualquiera sea su discurso social.<sup>151</sup>

<sup>145</sup>La cobertura médica obligatoria de la drogadicción y el SIDA fue establecida por la ley 24.455 para las obras sociales y por la ley 24.754 para las empresas de medicina prepaga. La CSJN *in re Hospital Británico*, LL, 2001-C, 385, resolvió que la actora no demostró que la ley 24.754 la colocaría fuera del mercado. Comp. WETZLER MALBRÁN, A. RICARDO, “Análisis crítico de dos importantes pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la cobertura de las empresas de medicina prepaga,” ED, 1992: 198. La CCAyT de la CABA, SALA II, en fallo del 17-II-2009, expte. 23262, *Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativa y Tributario c. GCABA s. Amparo*, estableció la obligación estadual de establecer un programa y el control judicial de cómo el mismo se instrumenta, en el caso, brindar asistencia médica a víctimas del paco. Son cada vez más los fallos que implementan un sistema de seguimiento y control del cumplimiento de sus decisiones. Es la doctrina *Canal* del C.E francés.

<sup>146</sup>Hay también leyes o programas que quedan vacíos, sin financiamiento, como las leyes 25.415 (prevención y atención de la hipoacusia) y 25.421 (asistencia primaria de salud mental), cuyo art. 6º, en ambos casos referidos al financiamiento, fue vetado por el P.E.

<sup>147</sup>Las campañas contra el dengue.

<sup>148</sup>La producción de vacunas contra la fiebre hemorrágica: CNFed. CA, Sala IV, *Viceconte*, LL, 1998-F, 102. Otras medidas positivas para la salud en CONTARINI, FAIRSTEIN y otros, *op. cit.*, 80-86.

<sup>149</sup>LODEIRO MARTINEZ, FERNANDO M., “Las nuevas tendencias en la defensa oficial,” en PETRELLA, ALEJANDRA (coord.), *El fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, LexisNexis Jurisprudencia Argentina, 2002, pp. 50-6, JA, 2002-III, supl.del fasc. n. 7.

<sup>150</sup>Ver p. ej., DIRECCIÓN GENERAL DE DEFENSA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, GCBA, expte. 37.466/2004, “GCBA s/ Actuación de Oficio Citibank N.A.,” y CCAy T, CABA, SALA I, sentencias del 29-VIII-08 y 14-XI-08, respecto de servicios bancarios, de cuenta corriente, tarjetas de crédito, valores en custodia, cajas de seguridad, etc., comunicada por la entidad a sus clientes en marzo de 2009.

<sup>151</sup>Ampliar el folleto editado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA, *Movilidad jubilatoria*, con prólogo de SUSANA CAYUSO, Buenos Aires, febrero de 2009, donde se pasa revista a los principales pronunciamientos de la Corte en la materia. Uno de los retrocesos fue *Chocobar*, CSJN, 1996, LL, 1997-B, 247. Ver GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “El final de la doctrina Chocobar. La reducción de jubilaciones por emergencia previsional frente a la corte interamericana,” LL, *SJDA*, junio de 2003. Una completa reseña de la jurisprudencia sobre los llamados derechos económicos, sociales y culturales en CONTARINI, FAIRSTEIN y otros, “Argentina,” *op. cit.*, pp. 66-106. En el caso de las pensiones y jubilaciones, los montos son tan mínimos que no parecieran estar a tono con el alto nivel declamatorio de que se hace gala al respecto. La confiscación de los ahorros privados encaminados a darle solución a través de las AFJP, administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, fue no sólo una negación total de los derechos individuales incompatible con el Estado de Derecho, sino también una pésima señal hacia el mercado. La bolsa cayó un 20% con el sólo anuncio de la medida, luego aprobada por ley que contó incluso con el voto de buena parte de la oposición. El daño está hecho, el dinero se está gastando, la sanción internacional al recalificarnos ya formalmente como “economía de frontera” ya se ha producido en el año 2009; sólo queda el resabio de una desfalleciente responsabilidad del Estado en el muy largo plazo, como lo explicamos en “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

Así como en otras partes hemos señalado que la eventual insuficiencia práctica en los diversos mecanismos del Estado de Bienestar debe suplirse al menos con mecanismos de participación, que den a las personas la satisfacción de ser artífices de su propio destino,<sup>152</sup> así también cabe destacar pronunciamientos judiciales de ambas Salas de la CCAy T de la CABA,<sup>153</sup> de otros tribunales locales y por cierto de la CSJN, que corrigen otras injusticias del régimen jurídico tradicional, dando más cabida en el proceso judicial a los excluidos.

Si nos apartamos de las falencias de implementación, es con todo posible coincidir al menos teórica y conceptualmente<sup>154</sup> que: “No se puede afirmar que esta vasta estructura de actividad colectiva administrada por las autoridades públicas o por cuerpos de voluntarios ayudados por dineros públicos, ha sido hostil a la libertad. Por el contrario, ha incrementado la libertad de millones de individuos extendiendo el campo de actividades abierto a ellos, enriqueciendo la sustancia de sus vidas permitiéndoles una oportunidad más amplia para la autoexpresión y participación. HOBHOUSE señaló «que existen otros enemigos para la libertad además del Estado y que es, en efecto, por medio del Estado que los combatimos».» Añadió, no obstante, “que no podíamos presumir que cada ampliación de los actos del Estado fuera favorable a la libertad. Si el Estado interviene en el control de la vida personal y familiar, si decide lo que se debe vender y comprar, restringe la entrada y salida del país, persigue a los hombres por sus opiniones, establece un sistema de espionaje sobre la vida privada de sus ciudadanos y requiere constantes registramientos con propósitos múltiples, tales acciones son claramente opuestas a la libertad.”<sup>155</sup>

Por ello, entendemos que la ampliación de la esfera de actividad del Estado es sólo admisible en tanto no implique una invasión de las libertades públicas (expresión del pensamiento, domicilio, correspondencia, reunión, salir del país, etc.) o una irrazonable restricción de los demás derechos individuales; más allá no sólo salimos de la esfera del Estado de Derecho sino también de la del Estado de Bienestar.

<sup>152</sup> Ver *supra*, cap. II, § 4.2.2.1, “El consenso y la adhesión,” pp. II-20/1, notas y sus referencias.

<sup>153</sup> La CCAyT de la CABA, Sala I, en fallo del 19-XII-2008, en autos *Paz Fernando Enrique c. GCBA s. Acción meramente declarativa (art. 277 CCAyT)*, que comenta ORLANDO PULVIRENTI, “¿Juicio ordinario posterior o concomitante?” *LL, Supl. Adm.*, en prensa, señalando un interesante planteo sobre la articulación simultánea y antes de que se ejecute una sentencia de un juicio ejecutivo, de una acción meramente declarativa que cuestiona la causa de la obligación. Como se destaca en dicho trabajo, el principio que siempre se ha seguido es la necesidad de pagar y luego reclamar, pero ante la notoria injusticia del mecanismo procesal existente y priorizando el derecho de acceso a la Justicia, la Cámara ha abierto la posibilidad de una discusión casi en paralelo entre la ejecución y el juicio ordinario de revisión. A nivel de la CSJN, es público y notorio su denodado esfuerzo por tutelar las jubilaciones y pensiones, como lo demuestra su folleto oficial *Movilidad jubilatoria*, Buenos Aires, 2009, con prólogo de SUSANA CAYUSO.

<sup>154</sup> Lamentablemente, nos vemos obligados a emplear el término con la carga negativa que explicamos en nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, siguiendo la vieja polémica SAVIGNY-VON IHERING.

<sup>155</sup> ROBSON, WILLIAM A., *The Welfare State*, Londres, 1957.

Lo mismo ocurre cuando el esquema del Estado de Bienestar se utiliza no para beneficiar a las clases menos favorecidas de la sociedad, sino para enriquecer discrecionalmente a los grupos amigos del gobierno,<sup>156</sup> cuyo crecimiento patrimonial evoca la época del nacimiento de la moderna oligarquía rusa. Allí también falta tanto el Estado de Bienestar como el Estado de Derecho.

### 25. Crisis y cambio

Ya en anteriores ediciones señalamos que en la última parte del siglo XX y comienzos del XXI la concepción del Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho comienza a entrar en crisis, derivada no tanto de un cambio del orden de aspiraciones sociales<sup>157</sup> sino de una reevaluación de las posibilidades reales del Estado para satisfacerlas y los nuevos desafíos del mundo contemporáneo.<sup>158</sup>

Es el fantasma de lo que se ha dado en llamar la globalización de la economía,<sup>159</sup> el neoliberalismo, etc., que lleva a la necesidad de procurar “alcanzar el equilibrio fiscal.”<sup>160</sup> Concretamente, el Estado de Bienestar condujo en nuestro país a la creación de una enorme burocracia tan ineficiente y sin control de racionalidad, como para absorber la casi totalidad de los recursos afectados a sus fines sin una concomitante realidad que justificara el gasto. El país ha comenzado a atender esa disfuncionalidad y las distintas jurisdicciones se han comprometido “a confeccionar un padrón único de beneficiarios de todos los programas sociales [...] garantizando la transparencia y el acceso a la información [respetando] criterios objetivos para asignar los recursos a distribuir, tales como distribución de la población desocupada, población con necesidades básicas insatisfechas y otros indicadores de pobreza.”<sup>161</sup>

Por iguales motivos y ante la “vulnerabilidad externa,”<sup>162</sup> se acuerda el “libre acceso” a las “plataformas informáticas”<sup>163</sup> para “cualquier institución o persona

<sup>156</sup> Así al menos es la denuncia de los dirigentes agropecuarios que relata JAVIER ROMERO, “Quieren las retenciones para beneficiar amigos,” *Crítica de la Argentina*, 21-II-09, pp. 6-7.

<sup>157</sup> Aunque, desde luego, la doctrina dista de ser pacífica en la materia. Ha llevado al interrogante de si no es mejor un liso y llano seguro de desempleo, o pensión automática a la vejez, o a la pobreza, en que el destinatario de la ayuda social reciba la tarjeta de crédito con la cual realizar las erogaciones, no el dinero que le será cercenado por los eternos punteros políticos, y tampoco los servicios que el Estado no puede prestar de manera razonablemente eficaz: La decisión individual en el gasto social a través de una tarjeta de crédito, con todos sus potenciales peligros, parece preferible al resultado material que ofrece la burocracia social.

<sup>158</sup> O, como mínimo, a la falta de relación entre el monto del gasto social en el presupuesto público y la racionalidad de su utilización concreta y la efectividad de sus resultados.

<sup>159</sup> Una interesante alternativa en CAPLAN, ARIEL, “La firma de tratados bilaterales de protección a los trabajadores, usuarios, consumidores y medio ambiente como instrumento para compensar la globalización asimétrica,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1, 19-51.

<sup>160</sup> Art. 8 del “compromiso” aprobado por la ley 25.400, modificada por la 25.570.

<sup>161</sup> Art. 16 del “Compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” ley 25.400 modificada por ley 25.570.

<sup>162</sup> Preámbulo del Compromiso citado.

<sup>163</sup> Ver GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “La publicidad de las normas a través de Internet como estándar mínimo para que sean aplicables,” *Res Publica Argentina, RPA* 2008-3, 55-79

interesada en conocerla,” de las órdenes de compra y pago, pagos realizados, personal, saldo y costo de la deuda pública, listado de beneficiarios de jubilaciones, pensiones y retiros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, inventario de inmuebles e inversiones financieras, etc.<sup>164</sup> Dada la virtual permanencia de las limitaciones en el futuro inmediato, hemos creído del caso dedicarles un cap. especial, que sigue a continuación. Es posible y deseable que con el transcurso del tiempo quepa nuevamente modificarlo.

Al mismo tiempo, cabe observar que el vasto mecanismo de subsidios y ayudas a las clases menos favorecidas de la sociedad,<sup>165</sup> hace actualmente agua por dos extremos. Por un lado, no se cumple eficazmente, como ya lo hemos visto. Por el otro, se lo pretende extender virtualmente a todos los sectores de la economía, con lo que no se logra un estímulo sino al contrario su desestímulo. El círculo virtuoso se transforma en círculo vicioso.<sup>166</sup>

Si el Estado pretende aplicar las técnicas asistencialistas del Estado de Bienestar para manejar la economía, difícilmente pueda resultar exitoso el resultado final, no ya sólo en lo económico sino también en lo social, al detraer recursos públicos de la asistencia a tales sectores. Los datos locales de la economía y la sociedad lo están mostrando con claridad desde el 2008 y más agudamente en el 2009.

<sup>164</sup> Art. 13 del compromiso citado, ley 25.400, modificada por la 25.570. Son, por supuesto, normas internas que no tienen necesaria referencia empírica, como es fácil comprobarlo con sólo leer diarios independientes los días domingo.

<sup>165</sup> Uso deliberadamente las palabras del IV Plan francés de la primera mitad del siglo XX.

<sup>166</sup> En palabras de LABORDA, FERNANDO, “Por qué Kirchner no puede dividir para reinar,” *La Nación*, 6-III-09, p. 7, se ha tratado de “exprimir al máximo a un sector para después obligarlo a depender de subsidios estatales, con frecuencia manejados discrecionalmente desde la jefatura política del oficialismo,” no advirtiendo que “el productor no desea dádivas; no quiere depender de subsidios, sino de su propio esfuerzo,” “rechaza la concepción intervencionista, dirigista y paternalista que pretende imponer” el gobierno.