

Capítulo IV
CONDICIONANTES ECONÓMICOS Y FINANCIEROS
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.
CRISIS Y CAMBIO

I. Los hechos, a comienzos del siglo XXI

1. El cambio y su devenir

1.1. *Limitaciones del análisis*

En el cap. precedente expusimos los valores fundantes y señalamos al pasar algunos de los apartamientos existentes; en éste toca exponer una realidad que en el siglo XXI resulta condicionante de la vigencia de aquellos principios, básicamente en la frecuente pretensión gubernamental de no regirse por las reglas de la economía, cuando ellas son al menos claras; incluso de la lógica.¹

¹ Ampliar en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE, DAFNE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS, SEBASTIÁN (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003 y SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003. Ver nuestros trabajos “La seguridad jurídica y la emergencia,” en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74. “Justicia federal y emergencia económica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, RAP, 2003, pp. 117-22. “Racionalidad, política, economía, derecho,” en *LL*, 28 de diciembre de 2005, p. 1. “Si las palabras fueran energía eólica...”, *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-112; también en D’ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 35-40; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, *Values in Global Administrative Law*. La doctrina económica nacional e internacional es desde luego base de indispensable consulta.

Su contenido desborda hacia otras ramas del conocimiento.² También ha de resultar claro que la descripción es eminentemente temporaria y perecedera, para invitar a reflexionar sobre los hechos que se seguirán sucediendo, sea falsando³ lo aquí expuesto, sea corroborándolo provisionalmente en algún sentido, según la explicación que damos en la primera parte del cap. I. Nosotros mismos, con el correr del tiempo, seguramente daremos versiones diferentes.

El sentido del presente cap. es así apuntar posibles problemas para su profundización en los textos específicos. Se ha producido y se sigue produciendo un cambio tanto en el mundo como en nuestro país. La globalización de la economía, de las comunicaciones, etc., es una realidad creciente de la cual, para bien o para mal, no podemos dejar de recibir efectos. Con todo, el país ha cometido, en la primera década del siglo XXI, muchos actos de irracionalidad económica que no tienen su origen en causas externas,⁴ pero a los que la generalizada convulsión mundial de la economía en el año 2009 sirve de pseudo argumento fundante de sus propias decisiones. Inclusive se da en este año la paradoja de que en el principal país del mundo alguno de sus líderes haya dicho que están “como la Argentina,”⁵ o que acá nuestros líderes digan que los otros países desarrollados se inspiran en los principios de nuestra economía de frontera.

² La principal limitación es la que impone la economía al derecho en todas sus ramas: POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1986, 3ª ed.; *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983; *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995; BUCHANAN, JAMES M., *Economics. Between Predictive Science and Moral Philosophy*, Texas A&M University Press, College Station, 1987; BUCHANAN y TOLLISON, ROBERT D., (comp.) *The Theory of Public Choice- II*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1984; BUCHANAN y TULLOCK, GORDON, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1990; *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Planeta-Agostini, 1993. Pero los gobernantes muchas veces creen que pueden contradecir las normas de la economía, p. ej. en razones de emergencia o por simple voluntarismo.

³ En el sentido popperiano: demostrándolo falso. Ver *supra*, cap. I.

⁴ Las propias emergencias son invocadas por sucesivos gobiernos sin formación ni asesoramiento económico adecuados y con sus medidas provocan más emergencia aún, en una espiral descendiente y acelerada. Ver MAIRAL, “El impacto de la crisis económica en el derecho,” *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; “cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene;” PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” *LL*, 2006-A, 872; DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, “Los superpoderes al Jefe de Gabinete,” *LL, Suplemento Actualidad*, 27 de julio de 2006, p. 1. Ver nuestros citados arts. “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality.”

⁵ Acá se nos escapa el carácter sarcástico de esta afirmación y algunos la toman como si fuera un reflejo de la realidad de ellos. No conocen seguramente los chistes que allá se hacen sobre nuestras diversas experiencias bizarras, como tener cinco presidentes en una semana, ni nuestro conocido autoritarismo. Recuerdo una obra de teatro en Broadway en que a un personaje que se comporta autoritariamente le replican: “¿Que te creés, que estás en la Argentina?” (Y no se trataba de que estuviéramos con gobiernos militares, pues no era el caso en ese momento.) El *tempus irreparabili fugit* de VIRGILIO se nos aplica plenamente: pasa el tiempo, se multiplican las diferencias socioeconómicas, aumenta la pobreza y la exclusión social, y con todo el esquema axiológico de gobierno se mantiene, la sinrazón se mantiene, todo.

1.2. *El status quo*⁶

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

Las nacionalizaciones de la primera mitad del siglo en Europa fueron en la Argentina las nacionalizaciones de las postrimerías de ese primer medio siglo XX, a su vez reiniciadas, aunque tímidamente, a comienzos del siglo XXI. La asunción directa por el Estado de la prestación de los grandes servicios públicos y la realización de algunas actividades económicas y sociales, pasó a ser también un principio oficial de la política gubernamental, a punto tal que fue recogido en la constitución de 1949. La derogación de la constitución de 1949 no fue sin embargo seguida de una paralela derogación de la legislación correspondiente, ni las nacionalizaciones se revirtieron. Al contrario, la tendencia al crecimiento del sector público de la economía continuó vigente. El intervencionismo del Estado en la economía y en la actividad privada, a través de la regulación desde

⁶La bibliografía del desarrollo previa al presente es muy importante. Cabe mencionar, entre otros, GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977; GUARINO, GIUSEPPE, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milán, Giuffrè, 1962; *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie*, Milán, Giuffrè, 1970; QUADRI, GIOVANNI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padua, CEDAM, 1980; BENTIVENGA, CALOGERO, *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milán, 1977; MARTÍN MATEO, RAMÓN y SOSA WAGNER, FRANCISCO, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Pirámide, 1974; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2 vols., Mohr, Tübingen, 1953; COING, HELMUT y otros, *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, Müller, Karlsruhe, 1965; LAUFENBURGER, HENRY, *Intervención del Estado en la vida económica*, México, FCE, 1945; VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964; KOONTZ, HAROLD y GABLE, RICHARD W., *La intervención pública en la empresa*, Barcelona, Bosch, 1961; VENANCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Río de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 1968; SOSA, WASHINGTON PELUSO ALBINO, *Direito econômico*, San Pablo, Saraiva, 1980; KATZAROV, KONSTANTIN, *Teoría de la nacionalización*, México, UNAM, 1963; MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Madrid, Civitas, 1974; GHAI, YASH P. y otros (compiladores), Nueva Delhi, Oxford University Press, 1987; GHAI, *Law in the Political Economy of Public Enterprise*, Uppsala, Scandinavian Institute of African Studies e International Legal Centre, 1977; WHITE, EDUARDO, *El derecho económico en América Latina*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Derecho administrativo económico*, 2 vols., Buenos Aires, Astrea, 1979; WITKER, JORGE V., *Derecho económico*, México, Harla, 1985. Entre los más recientes, GARRIDO FALLA, FERNANDO (director), *El modelo económico en la Constitución española*, 2 vols., Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981; MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN (director), *Derecho administrativo económico*, 2 vols., Madrid, La Ley, 1991; BERMEJO VERA, JOSÉ (director), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1994; GRAU, EROS ROBERTO, *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed.; *Elementos de direito econômico*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1981 y las referencias de todos ellos. Toda esta frondosa literatura, si bien corresponde a una época histórica pretérita, mantiene sin embargo inesperada vigencia en el presente.

afuera o externa a la actividad económica, era uno de los principios aceptados pacíficamente. Desde la década del 30 se fueron dictando, por razones de emergencia, leyes reguladoras de la actividad económica, con una fuerte restricción de los derechos privados tal como se los había entendido hasta ese momento: leyes de moratoria hipotecaria, prórroga de alquileres; leyes reguladoras de la carne, el vino, los granos, etc.

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

Quizás como exponente máximo de una época determinada podría mencionarse el intento, en distintos gobiernos, de crear sistemas de planificación del desarrollo económico y social. Es obvio, en retrospectiva, que se trató de intentos carentes de suficiente convicción en el propio aparato del Estado. Este esbozo conceptual y fracaso empírico de avanzar más allá del intervencionismo estatal para llegar a la etapa “superior” de la planificación, fue el punto de inflexión de un sistema en el cual, fracasada la aspiración máxima, quedaría marcado el comienzo del retroceso de gran parte del camino recorrido desde fines del siglo pasado. Puede anotarse como dato curioso que al entronizarse a partir de las leyes 23.696 y 23.697 el principio de la libertad de mercado, desmonopolización, desregulación, etc., se hayan dictado diversos “decreto plan” y elaborado un nuevo “plan quinquenal” en 1995 lo que no pasa, en la especie, de ser un desfasaje semántico.⁷ En cualquier caso, es importante señalar que la crisis se manifiesta, con diversas características y distinta historia, en todo el mundo. También la prospectiva varía según el estado de desarrollo de cada país.

1.3. Génesis y desarrollo de la crisis

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

Por de pronto, es obvio que aquel intervencionismo regulador del Estado en la economía, concebido como control de desequilibrios sociales y económicos, en la práctica distaba de ser siempre no ya eficaz sino incluso sensato. Se tomaba como ejemplo el sistema regulatorio de países avanzados, olvidando que no se trata meramente de intervenir en la economía, sino de hacerlo a través de

⁷ Que encontramos también en Francia con sus “planes de privatización,” “ley-marco,” etc: LOYRETTE, JEAN, *Dénationaliser. Comment réussir la privatisation*, París, Dunod, 1986, pp. 56 y 76-9.

instrumentos que cuenten con capacidad y conocimiento, eficacia y honradeza, elementos todos ellos no tan frecuentes entre nosotros, como la realidad con insistente frecuencia lo demuestra.⁸ La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del funcionamiento del sistema regulatorio, lleva inexorablemente a su falta de cumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social, no solamente de los particulares sino también de la propia administración pública. Se produce aquí algo parecido al fenómeno que en algunas sociedades tribales se denomina “derecho no estatal” (*non state law*) y que en las sociedades subdesarrolladas hemos denominado parasistema jurídico y administrativo:⁹ es una particular simbiosis de algunas normas administrativas o legales que se cumplen y otras normas de comportamiento humano que son igualmente cumplidas pero que no están receptadas por la norma escrita o incluso la transgreden frontalmente. Determinar cuál es la conducta esperada por el Estado no es ya cuestión de análisis de la norma jurídica, sino una mixtura de análisis sociológico y normativo. Del mismo modo, se observa que la propia estructura administrativa formal no responde a aquella que efectivamente funciona. Tanto en este aspecto como en el anterior encontramos datos puntuales análogos también en las sociedades desarrolladas, pero es el *quantum* de la distancia entre la norma y la realidad lo que diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos

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

⁹ Nos remitimos a nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001; *L'amministrazione parallela. Il «parasistem» giuridico-amministrativo*, introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987, un vol. de 92 pp., vol. 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell' Amministrazione.

desarrolladas. Siguiendo la vieja fórmula económica, la diferencia cuantitativa supera en algún momento el umbral de lo cualitativo. Cuando son tantas las diferencias entre el sistema formal y la realidad, ya no puede hablarse de meros incumplimientos al sistema: debe pensarse en la existencia de un sistema paralelo, de una administración paralela.¹⁰ En este sistema y normatividad paralelas debe computarse también la crisis que tuvo en nuestro país la seguridad personal, tanto desde el ángulo de la subversión como de la represión. El Estado que debía tutelar la seguridad no solamente no la aseguraba sino que la transgredía sistemáticamente.¹¹ Aún luego de un cuarto de siglo de democracia, todavía es frecuente que los delitos sean cometidos por la policía, de acuerdo a las noticias diarias que proporcionan los periódicos.

Al margen de consideraciones en materia de derechos humanos,¹² este masivo incumplimiento normativo constituye un ingrediente más de la virtual disolución del Estado como lo concibieron los pensadores del siglo XIX. La transgresión sistemática por el Estado a su propio derecho lleva a la creación de un derecho supranacional y organismos supranacionales de control.¹³

Le quedaba al país la opción de someterse o apartarse: eligió primero, a partir de 1983, someterse a los tratados internacionales de derechos humanos y de lucha contra la corrupción, todo lo cual tuvo su punto máximo en la Constitución de 1994.

Pero pocos años después, al comienzo del nuevo milenio, comenzó nuevamente el proceso de renovado aislamiento internacional buscado por el propio Estado, de retorno a viejas ideologías de intervencionismo estatal injustificado. Era también evidente en la postrimería de la primera mitad del siglo XX, que se había creado toda una mitología alrededor de viejas nociones como “servicios públicos”¹⁴ y

¹⁰ El fenómeno también existe en las sociedades desarrolladas, pero con mínima repercusión. A su vez, tampoco emergen del Estado los principios generales del derecho (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, reimpresión 1996, p. 19), el derecho internacional de los derechos humanos, etc. En cambio, el derecho supranacional de la lucha contra la corrupción y la jurisdicción extranjera para juzgarla es de firme base normativa y puede llegar a convertirse en delito de lesa humanidad, por ende imprescriptible.

¹¹ SOSA RICHTER, RUBÉN A., *Función y violación de los derechos humanos en la postguerra (El caso argentino)*, Buenos Aires, La Ley, 1990; recensión en *LL*, 1990-D, 1308, secc. bibliografía. NEILSON, JAMES, *En tiempo de oscuridad 1976/1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001.

¹² Ver un enfoque general en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed.

¹³ Nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 17-IV-1990, antes reproducido como cap. III de nuestro libro *Derechos Humanos, op. cit.*, desde la 1ª edición, en ese mismo año de 1990; posteriormente reproducido en *LL*, 1992-B, 1292. Como explica ATALIBA NOGUEIRA, es uno de los signos que acompaña el colapso de la antigua idea corriente de Estado: *O perecimento do estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, pp. 24-5. Ver también, del mismo autor, *Lições de teoria geral do Estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1969, pp. 46-67. Retoma la idea, desde otro ángulo, BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2000, 4ª ed., cap. 15, “Hacia la desaparición del Estado [...]”

¹⁴ La exposición de esta crisis, en nuestro país, la realizamos en el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. VI. En el derecho comparado ver, entre otros, DE CORAIL, JEAN-LOUIS, “La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français,” *LGDJ*, París, 1954.

“poder de policía.”¹⁵ Su hipertrofia acompañó el proceso de deterioro del Estado, torciendo a favor de la autoridad el equilibrio entre autoridad y libertad.¹⁶ Al propio tiempo que aquel mundo se desmoronaba, la tecnología aceleró su obsolescencia. La era de las computadoras y las nuevas comunicaciones fue una modificación comparable a la revolución industrial del siglo XIX,¹⁷ pero no se la ve reflejada en una administración modernizada.¹⁸ La vieja idea, que constituyó artículo de fe en nuestro país, acerca de la riqueza de sus recursos naturales,¹⁹ lentamente fue dando paso a la convicción, no del todo generalizada, de que se trataba de una quimera. Si a comienzos del siglo XX pudimos considerarnos equiparables a Australia o Canadá y quedamos luego muy atrás;²⁰ si en la década del sesenta nuestros indicadores macroeconómicos eran similares a los de Taiwan

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

¹⁶ Ver *supra*, § 1.

¹⁷ La bibliografía es vasta. Ver, entre otros, ZUBOFF, SHOSHANA, *In the Age of the Smart Machine. The Future of Work and Power*, Nueva York, Basic Books, 1988.

¹⁸ Ver nuestra art. “La modernización de la administración pública,” en AÍDA. *Ópera prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, opus No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71.

¹⁹ U otros excedentes por bonanzas que son manejados con mentalidad de “Estado rico:” BONEO, HORACIO y otros, *Privatización: del dicho al hecho*, Buenos Aires, *El Cronista Comercial*, 1985, p. 32 y ss. Una versión optimista en FERRER, ALDO, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, Buenos Aires, FCE, 1977, p. 119. Más realistas BUCHANAN, JAMES M. y WAGNER, RICHARD E., *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, San Diego, California, Academic Press, Inc., 1977.

²⁰ Para un análisis crítico de la validez de la comparación ver FERRER, *op. cit.*, pp. 69-70, nota 3; del mismo autor, con E. WHEELWRIGHT, *Industrialization in Argentina and Australia. A Comparative Study*, Buenos Aires, Instituto Torcuato Di Tella, 1966.

o Singapur y nadie osaría hoy comparar nuestro rendimiento económico con el de los cuatro tigres de la Malasia; si algunos datos nos asemejaron en los 80 del mismo siglo a los países de la Europa del Este, la perspectiva de su integración a la Unión Europea marca todavía más nuestro aislamiento y deterioro. Dicho de otra manera, si es que hubiéramos sido un país rico en recursos naturales o humanos, ello no se advirtió sostenidamente en ningún dato económico general: Balanza de pagos, producto bruto interno, renta per cápita, pobreza e indigencia, distribución de la riqueza; situación de endeudamiento externo²¹ no ya coyuntural²² sino estructural, recesión profunda y acumulativa, el fantasma constante de la hiperinflación, el permanente desajuste de las cuentas fiscales, desempleo estructural, pobreza e indigencia estructurales, la quiebra virtual del aparato del Estado en cuanto a eficacia: Podrán aumentar sus intervenciones, pero sólo sirven para desmejorar los índices del resultado económico o social de ellas. Por eso es que un gobierno que manifiesta intenciones distributivas del ingreso acúa concentrando el ingreso en el capitalismo de amigos, en desmedro de la pobreza e indigencia estructurales, que no hacen sino aumentar con el correr del tiempo y de las políticas públicas. La declinación en el ahorro y la inversión llevan a fines de la década del 80 a la mitad del nivel de la década del 70; el producto bruto es un 26% más bajo que en 1974; el ingreso per cápita cayó a un ritmo del 1,7% anual desde 1975 a 1985.²³ La deuda externa creció desde 1970.²⁴ Desde 1973 el déficit presupuestario se hace crónico; la ineficiencia —o peor, la corrupción— del sector público se solventaba con más déficit presupuestario y éste con más endeudamiento interno y externo, hasta que finalmente en el 2008 comenzamos a fagocitarnos nosotros mismos, en sentido figurado, al confiscarse los fondos de jubilaciones y pensiones privadas. La década de 1970-1980 contuvo lo que algunos economistas llamaron “la peor crisis económica del país en este siglo,”²⁵ pero las siguientes habrían de ser peores. La década 1980-1990 cerró con una inflación de 3.36 millones de veces y la imposibilidad material sistemática del Estado nacional y provinciales de hacer frente a sus obligaciones legales o contractuales de financiamiento.²⁶ La crisis del endeudamiento externo se

²¹ Ver nuestros arts. “El contrato de crédito externo,” *RAP*, 97: 423, Madrid, 1982, reproducido en A.A.D.A., *Contratos administrativos. Contratos especiales*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226 y *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IV.

²² Lo que nació bajo el rótulo de *Foreign Aid* —ayuda externa— se transforma así en *Foreign Debt* —deuda externa. Es algo más que un cambio semántico. Para una discusión de los orígenes ver BHAGWATI, JAGDISH y ECKHAUS, RICHARD S., *Foreign Aid*, Bungay, Suffolk, Penguin, 1970.

²³ DORNBUSCH, RUDIGER y DE PABLO, JUAN CARLOS, *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988, p. 11.

²⁴ DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 45 y ss. Al comienzo los bancos prestaban, aun sólo para financiar los préstamos viejos, sin inconvenientes.

²⁵ *The Economist*, “Argentina: a Survey,” enero 26 de 1980, pp. 11 y ss., 19 y ss.

²⁶ Como dice SCALIA en su voto en el caso *Weltover*: “Desafortunadamente, Argentina no poseía suficientes reservas en dólares para cubrir los contratos FEIC cuando vencieron en 1982;” “Cuando los Bonos comenzaron a vencer en mayo de 1986, Argentina carecía de divisas suficientes para retirarlos,” etc.: *LL*, 1992-D, 1125-6. La situación se repite luego, obviamente.

acelera desde 1978,²⁷ y con la crisis del sistema financiero a partir de 1980,²⁸ se transforma además deuda privada en deuda pública externa;²⁹ ello, con más el múltiple costo de una guerra,³⁰ lleva a una deuda externa en crisis terminal desde 1982.³¹ A esta crisis de 1980-1982 se respondió todavía con las medidas de intervencionismo y endeudamiento: se palió lo inmediato y se agravó el fondo.³² En el comienzo del siglo XXI se repitió la fórmula.³³ Pero la seguimos repitiendo, con una convicción voluntarista que parece rayana en la fe.

Durante veintiocho años consecutivos del siglo XX el gobierno no movilizó los suficientes recursos para pagar la deuda y ésta llegó al 85% del producto bruto en 1989, año en que, simultáneamente, se dieron dos episodios de hiperinflación. No era ya mero estancamiento, recesión, inflación; se trataba realmente de la emergencia, el estado de necesidad, o “la emergencia de la emergencia.”³⁴ En 1989 y luego en 2008/9 se agregan las sequías más grandes en un siglo,³⁵ en 1990

²⁷ P. ej. con lo que resultó una costosa política de avales estatales a inversiones privadas de riesgo en obra pública: CAVALLO, DOMINGO, *Economía en tiempo de crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989, p. 20 y ss., p. 208. Algunos autores remontan el aumento constante de la deuda externa más atrás, otros lo hacen nacer en 1980: DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 68. En todo caso, el colapso del programa de Martínez de Hoz es público en marzo de 1981: *op. cit.*, p. 64.

²⁸ DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 65-6. Se produjeron quiebras y múltiples intervenciones y liquidaciones por el BCRA, ratificadas o autorizadas por los decretos leyes 22.267/80 y 22.229/80, que llevaron a mayor endeudamiento del Estado para enjugar las pérdidas del sistema, p. ej. el decreto-ley 22.510/81; todo ello sumado a numerosas y cambiantes resoluciones del BCRA. Para una descripción de este *plateau* 1980-1982 de la crisis previa, ver LIENDO (H.), HORACIO TOMÁS, *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1990, pp. 142-49. El proceso se reinicia en 2008, por diferentes autoridades políticas.

²⁹ LIENDO, *op. cit.*, pp. 148-9.

³⁰ La vinculación de la guerra con la crisis que se desata o acelera en la deuda externa es explicada en BERZ, CRISTINA NOEMÍ; SOSA, ESTELA DIANA y GALLARDO, LUIS ADRIÁN, *Deuda externa: optimización de recursos*, Tesis, Buenos Aires, 1990, p. 17 y ss. El efecto no se altera porque conforme al derecho internacional no se haya tratado de una guerra *stricto sensu*: ZUPPI, ALBERTO, *Die bewaffnete Auseinandersetzung zwischen dem Vereinigten Königreich und Argentinien im Südatlantik aus völkerrechtlicher Sicht*, Berlín, Carl Heymanns, 1990, p. 190.

³¹ BERZ, SOSA y GALLARDO, *op. cit.*, pp. XX, 18 y ss., 176 y ss. La deuda externa pública y privada argentina aumentó U\$S 26 mil millones entre fines de 1980 y fines de 1983 y la parte pública de ella pasó del 52% al 71,8%: DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 65.

³² Hay en esto una importante dispersión semántica, pues es común llamar “liberales” o “neoliberales” a distintas políticas económicas tan sólo menos intervencionistas que otras, p. ej. FERRER, “El retorno del liberalismo: reflexiones sobre la política económica vigente en la Argentina,” *Desarrollo económico*, 1979, vol. 18, núm. 72; *La economía argentina*, Buenos Aires, FCE, 1980; *Crisis y alternativas de la política económica Argentina*, Buenos Aires, FCE, 1977. Sin embargo, FERRER reconoce que las políticas llamadas liberales han mantenido intacta una estructura sobredimensionada del Estado, con instrumentos de raíz keynesiana: *op. ult. cit.*, pp. 137-8. Comparar LIENDO, *op. cit.*, p. 145.

³³ Puede verse el análisis de ambos procesos, en esencia iguales en la sistemática violación constitucional, en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4º ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, nota al art. 14 *bis*, “Los derechos sociales en las emergencias,” pp. 226-9 y sus referencias.

³⁴ LIENDO, *op. cit.*, p. 152, nota 30.

³⁵ La anterior corona la gran crisis de 1890-1894, igualmente acompañada de deuda externa imposible de pagar en los términos acordados, quiebras: CORTÉS CONDE, ROBERTO, *Dinero, deuda y crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989.

se produce el nuevo aumento del petróleo, la baja del precio de los productos primarios en el mercado internacional, valores de intercambio deprimidos, mayor caída de la producción, más recesión, caída de los niveles de ingreso, etc. En el 2009 se repite todo lo mismo, incluso otra sequía que ya se denomina también la más grande del siglo, ¡por segunda vez! Los valores de los productos primarios otra vez reducidos, etc.

El Estado había crecido a impulso de la doctrina económica que veía en él la salida a la crisis de los años 30.³⁶ Pero en estos sesenta años creció más de lo manejable,³⁷ y ya no pudo proveer ni siquiera lo mínimo que debía hacer para los más liberales desde ADAM SMITH en adelante: seguridad, policía, justicia. La realidad lo aproximó, por inoperancia, al ideal anarquista³⁸ de la inexistencia o la disolución.³⁹ Del total lo más gravoso eran las empresas públicas y ello llevó a “la necesidad imperiosa de liberar al Tesoro de los déficits crecientes producidos por las empresas no redituables.”⁴⁰ Se hizo parte de ese camino, y en el siglo XXI se comenzó a rehacerlo a la inversa: se reestatiza *Aerolíneas Argentinas*, en pésimo negocio, se compran aeronaves, se aumentan al paroxismo frecuencias de vuelos a lugares predilectos del gobernante de turno. Es la variante contemporánea de la pista de aterrizaje internacional en el pueblo de Anillaco, con otro Presidente ejerciendo iguales excesos de poder no impedidos por el sistema de control, siempre tardío e ineficiente. Por eso proliferan en el exterior comentarios extremadamente negativos sobre nuestro país y hemos sido rebajados, en la calificación internacional, a la categoría de “Economía de Frontera.” O sea, estamos como en el *Far West*. Quebró ya en aquel entonces el sistema, empírica y teóricamente, por sobreexpandirse no más allá de lo imaginable como aspiración de justicia social, pero sí más allá de lo posible como gasto público eficaz.⁴¹ Ahora quebrará nuevamente, aunque parezca agorero decirlo: Pero la cesación de pagos ya está en marcha, con el *default* de la no actualización honesta de la deuda emitida en el canje de 2005 y otros títulos con igual sistema de ajuste por el índice de precios oficiales ostensiblemente falseado a juicio de todos los economistas. A ello cabe agregar, en este siglo XXI, la continuidad del *default* con el Club de París y el *default* con los que no entraron al canje de la deuda en 2005, los famosos *holdouts* que comienzan a ganar juicios en el exterior y a embargar

³⁶ KEYNES, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, FCE, 1963, 6ª ed.

³⁷ Ver BONEO y otros, *op. cit.*, pp. 31 y 49; GLADE, WILLIAM P., en el mismo libro, p. 251.

³⁸ ROULET advertía contra “Esta especie de *neanarquistas* de derecha, no quieren un control social ni reglas de juego;” preconizaba un estado “flaco y fuerte”: ROULET, JORGE ESTEBAN, *El Estado necesario*, Buenos Aires, Centro de Participación Política, 1987, pp. 20 y 22.

³⁹ Ver ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do estado*, *op. cit.*: no es de la anarquía, porque subsisten la sociedad política, el derecho, la autoridad: varía la organización, p. 19 y ss. y *O estado é meio e não fim*, San Pablo, Saraiva, 1955; *Lições de teoria geral do Estado*, *op. loc. cit.*

⁴⁰ GLADE, en el libro de BONEO y otros, *op. cit.*, p. 253.

⁴¹ “Bajo el peso de una competencia que comprende todo, el estado sucumbe por su incompetencia para hacer todo. Cumple mal su tarea, cuando la cumple.” ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do Estado*, *op. cit.*, p. 20.

cuanto recurso del Estado se encuentra fuera de nuestra jurisdicción territorial o del territorio suizo, más los embargos que se avecinan en el exterior luego del pronunciamiento del tribunal arbitral del CIADI en el caso *Sempra*.⁴²

La vieja pregunta acerca de si había poco o demasiado Estado,⁴³ de pronto se contestó: demasiado y además muy ineficiente⁴⁴ en épocas normales o de bonanza, sin perjuicio de corrupto. La respuesta, con variaciones, es análoga en el mundo; sólo que en nuestro país y otros emergentes como Bolivia, Ecuador o Venezuela, se prefiere intentar *otra vez lo mismo* a comienzos del siglo XXI. No logramos aprender de nuestros propios fracasos ni de los vecinos de Cuba, a la que nuestros gobernantes consideran modelo de desarrollo.

Felizmente para la humanidad, estos países somos la excepción, como lo prueba el constante desarrollo de nuestros vecinos inmediatos, Brasil, Chile, Uruguay y otros que no cayeron nuevamente en la vieja tentación populista, tan cara al caudillismo que desde siempre practicamos en el país.⁴⁵

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

A partir de la década del ochenta del siglo XX el excesivo endeudamiento introduce nuevos condicionamientos, que se repiten nuevamente en el ciclo que se inicia en el año 2008.⁴⁶

Las corrientes migratorias de los países más pobres a los menos pobres o incluso ricos, seamos nosotros u otros, acumulan demandas de servicios sociales que no siempre se está en condición de satisfacer. Los inmigrantes repiten en todo el mundo la misma situación, y aunque las leyes quieran y deban ser benévolas,⁴⁷ la realidad no lo es.

Ante la falencia de seguridad física y jurídica, se tornan más críticos algunos principios del derecho administrativo moderno: participación decisoria de los ciudadanos, habitantes, usuarios o consumidores; controles más eficientes de

⁴² VENTURA, ADRIÁN, "Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones," *La Nación*, suplemento *Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1. Según esta publicación, tenemos 33 casos pendientes de sentencia arbitral, y 16 concluidos, y ante el no cumplimiento de otras sentencias arbitrales, el tribunal dispuso que no correspondía la ejecución interna de los laudos arbitrales, como ha sido la posición argentina, sino que su ejecución puede pedirse ante tribunales extranjeros.

⁴³ FORSTHOFF, ERNST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 63 y ss.

⁴⁴ Las agencias nacionales que prestan servicios sociales a veces gastan el 90% de sus recursos en personal.

⁴⁵ PÉREZ GUILHOU, DARDO, "Presidencialismo, caudillismo y populismo," separata de los Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005, también publicado en www.ancmip.org.ar Ver también la referencia nuestra de la nota siguiente.

⁴⁶ Habíamos previsto que sería un año malo, pero nada anticipaba la catástrofe que se desató. Ver nuestro art. "La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?" en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios

⁴⁷ "El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino," *LL*, 2004-B, 1123-33.

racionalidad, de oportunidad y mérito, mecanismos operativos⁴⁸ de responsabilidad, etc.⁴⁹ Pero nada de eso se ocurre en nuestro régimen jurídico y político, y la única alternativa que se ofrece y hasta atiza desde el poder político es la manifestación callejera en el corte del tránsito público, siempre que sea efectuada contra enemigos del gobierno; si es contra el gobierno, se arman controles preventivos y disuasorios con un escuadrón completo de Gendarmería, hasta 800 efectivos. Si es contra otros que no sea el gobierno, entonces no se criminaliza la protesta social. Si es un modesto cacerolazo contra el gobierno, entonces vienen las patotas paraestatales a disolver las manifestaciones. Es lógico que en ese clima, más otros aspectos que hemos expuesto en el cap. II, el proceso económico y social entre en recesión y las posibilidades de pagar tantas deudas como tenemos disminuyen.

Podemos en el orden interno hacer consideraciones diversas sobre el origen de la permanente necesidad de recurrir al crédito externo,⁵⁰ ahora cerrada al país, pero así como el desempleo pasa de coyuntural a estructural, también la deuda externa devino estructural.

Ahora hay que agregar también la deuda interna, no sólo la deuda hacia los sectores clásicamente de menos recursos y más excluidos de la sociedad, sino la deuda interna a los nuevos sectores antes de clase media que se empuja hacia

⁴⁸ Para un claro ejemplo de ello ver DANIELE, MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87, publicado también en *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1: 31.

⁴⁹ Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestros libros *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, Agencia para el Desarrollo (AID) y Macchi, 1973; *La administración paralela, op. cit.* Ver también GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed. ampliada, t. I, “Nuevos derechos y garantías,” pp. 503-604, comentarios a los arts. 36-42; de la misma autora, “La emergencia y los medios de comunicación social,” en SCHEIBLER, *op. cit.*; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; SCHEIBLER, GUILLERMO, “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE, *op. cit.*, pp. 269-81; “Presupuesto Participativo: una redefinición de la relación administración — sociedad civil”, *LL* 2004-C, 1058; “Buenos Aires, ciudad de Comunas”, *LL*, 2006-F, 1035; “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” en DANIELE, MABEL (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008, p. 237 y ss., publicado también con modificaciones bajo el título “Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” *LL Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto de 2008 1-1: 38; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 171-5; ALANIS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE, *op. cit.*, pp. 69-82; IVANEGA, MIRIAM, “Derechos Fundamentales y presupuesto público: en la búsqueda del equilibrio,” *El Dial Express, Suplemento de Derecho Administrativo JULIO P. COMADIRA*, Año XI, n° 2508, 11-IV-08.

⁵⁰ Decía POSADA en 1898 que el uso del crédito se justificaba para invertir en obras de rédito futuro o si no “bien pueden implicar gastos en razón: 1° de una gran calamidad pública: una guerra; y 2°, de una mala administración, por imprevisión, inmoralidad, etc., en cuyo caso la deuda supone carga grave improductiva.” POSADA, ADOLFO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, pp. 412-413.

la pobreza, como es el caso de la confiscación de las AFJP en el año 2008, contando incluso con el voto favorable de la oposición. Así se crea deuda futura en responsabilidad del Estado, irrealizable empíricamente como hemos explicado en otro lugar.⁵¹

El Estado adopta medidas sobre aumento de los *ingresos públicos* e incremento de la *deuda pública* interna y externa, pero a la vez aumenta en paralelo el gasto público, en lugar de incrementar el *ahorro* del gasto público para tratar de tener *equilibrio fiscal*.⁵² Si con ello se redujera de verdad la pobreza y la exclusión social y se generaran empleos, existiría la excusa al menos teórica para proceder de ese modo, pero ello empíricamente no ocurre.

En la historia argentina de fines del siglo XX y comienzos del XXI los últimos grandes momentos de defasaje entre el presupuesto y los ingresos corrientes han sido uno, el que alcanzó su cenit en el año 1982;⁵³ otro, el que se extendió desde mediados de la misma década hasta fines de ella y comienzos de la siguiente; el tercero, el de 1995 en adelante; el cuarto, que inicia su curso en los años 2007-8.

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

No existe hoy en día discusión acerca de que existió un verdadero estado de emergencia en 1989-1992. También es claro que a partir de 1991 y hasta 1994 los datos macro-económicos oficiales y los manejados externamente daban un panorama alentador y económicamente positivo. Pero al desencadenarse la crisis de 1995 la mirada retrospectiva muestra que no todos los datos estaban sobre la mesa. Sin duda cabe agregar responsabilidades coetáneas, como el aumento

⁵¹ “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.

⁵² En el año 2000 se celebra un pacto federal entre Nación y provincias para conseguir dicho equilibrio. Ver ley 25.400 (modificada por ley 25.570), “Compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” art. 8°. En el año 2002 el problema se agravó; volvió a ocurrir a partir del año 2008/9.

⁵³ CAVALLO, *Economía en tiempo de crisis*, op. cit.; LIENDO, op. cit.; DORNBUSCH Y DE PABLO, op. cit.; BERZ, SOSA Y GALLARDO, op. cit. A pesar de que desde 1977/8 se perfilaba el problema, en 1977 todavía era optimista FERRER, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, op. cit., p. 119, quien hablaba del “potencial económico excepcionalmente apto” del país. Ya ahora no quedan economistas optimistas con este rumbo económico actual, quedan solamente los funcionarios políticos haciendo declamaciones de esperanza, ilusión, engaño al fin.

del gasto público que casi se duplicó desde 1991 a 1994, no obstante la reducción del aparato estatal. El endeudamiento externo, en lugar de reducirse, también aumentó tanto en el sector público como en el empresarial, parejo a un mayor endeudamiento interno de la población. Cabe sumar la permanente incapacidad de lograr una ecuación razonable entre el costo presupuestario en materia social y el valor de los servicios que se prestan.⁵⁴ Algo debió hacerse en su momento con los monopolios que con ganancias exorbitantes y constante sobrefacturación privaron a la población de parte importante de su poder adquisitivo: El caso clásico de las empresas de teléfonos.⁵⁵

Siguieron inexorablemente la venta de acciones de empresas privatizadas que quedaron en manos del Estado, nuevas privatizaciones, etc. Pero en la crisis de 2002 se frenan todas las tarifas de servicios públicos, lo que se las mantiene así demasiado tiempo, hasta 2009. Lógicamente se produce tanto el deterioro de los servicios por la consiguiente desinversión progresiva, como en el caso energético. Cuando en ese momento se actualizan las tarifas, la resultante explosividad de los aumentos por tantos años de deterioro tarifario, el detrimento es nuevamente hacia las clases menos favorecidas de la sociedad. Nunca encontramos el punto medio.

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

Por eso es mayor el interés por las contrataciones más grandes: Ha de verse con atención toda contratación sustancial no suficientemente justificada, en un país de déficit presupuestario y deuda pública perpetuos.⁵⁶

⁵⁴ Ya desde 1983 el Banco Mundial en su Informe sobre el Desarrollo Mundial señaló lo que luego, p. ej. en España, se recoge como que “El Estado ha de aumentar su *efectividad* social, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales [...] *La relación entre el coste de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción*”: INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Congreso iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Madrid-Alcalá de Henares, Madrid, 1985, p. 30. Ver también COMADIRA, JULIO, “La Sindicatura General de la Nación en la emergencia social,” en AHE, *op. cit.*, pp 15-27.

⁵⁵ Es útil al efecto ver el caso *Telintar S.A., LL*, 1995-A, 220, con nuestro comentario: “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *LL*, 1995-A, 217, reproducido en *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*, cap. III. Ver BOTASSI, CARLOS, “Contratos Públicos y emergencia actual en la Provincia de Buenos Aires” y CAPLAN, ARIEL, “Qué emerge en la emergencia de los servicios públicos,” en ALANIS, *op. cit.*, pp. 137-51 y 177-82 respectivamente.

⁵⁶ Ver SOTELO DE ANDREAU, MIRTHA, “Un nudo gordiano en la contratación pública: la corrupción,” en SCHEIBLER, *op. cit.* Ver MAIRAL, HECTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos RPA, Rap, 2007.

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

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

Recién en el 2000/2001, cuando hubo que recurrir a un “salvataje” internacional, se comenzó a tomar razón de la gravedad del tema.⁵⁷ La misma falta de reacción anticipada o más rápida frente a la realidad se había visto antes y se habría de ver después en el la primera década del siglo XXI. En 1973/5 no había crédito externo disponible, ni endeudamiento posible, ni reservas: ello hizo nacer un fárrago regulador que terminó en el “rodrigazo.” En el 2007/9 el fenómeno se repite. En 1976/83 el gobierno se dedicó a la captación de fondos externos, produciendo recursos falsos que se dilapidaron. El crecimiento del gasto y la deuda pública en ese período, de virtualmente cero a 60.000 millones, incluida en 1982 la nacionalización de la deuda privada externa, fueron la causa de las crisis ulteriores. La carencia de reacción oportuna en 1985, 1986, 1987, llevó al descontrol de 1989; la ausencia de una reacción en 1991-1994, más una duplicación del gasto en el mismo período, llevó al desfinanciamiento de los años 1995 y siguientes. De allí se pasa a la nueva emergencia en el 2000, reducción de salarios, esfuerzos de equilibrio fiscal, traspaso de inversiones omitidas por el Estado a costo de las tarifas de los usuarios, etc. Ahora ya no “parece” la emergencia permanente:⁵⁸ *lo es*. La reacción del Estado fue catastróficamente mala: *default*, confiscación parcial de depósitos bancarios y créditos hipotecarios vía pesificación asimétrica, intervención unilateral del gobierno en casi todos los contratos financieros y privados y otros dislates de igual tenor,⁵⁹ con la consiguiente desaparición del crédito privado y la constante fuga de capitales. Bien pudo decir MAIRAL, en el 2003, que se trataba de “La degradación del derecho público argentino.”⁶⁰ La justicia inició en 2002 una recuperación del derecho, en tiempos

⁵⁷ Y que además tiene frente a sí la insuperable paradoja de esgrimir la crisis y la situación de emergencia como habilitante legislativa, pero tratando de no contribuir a un clima de pánico o mayor desconfianza hacia la economía. Así como los antiguos economistas del desarrollo hablaban del círculo vicioso de la pobreza y de la riqueza, tenemos aquí un *círculo vicioso de la crisis*: cuando se la invoca para tratar de corregirla, también se contribuye a su más amplia percepción con los consiguientes efectos otra vez circulares: corridas bancarias, retiro de depósitos que obliga a los bancos y entidades financieras a vender títulos y acciones, producen continuas caídas en la bolsa, lo que lleva a más retiros bancarios, más ventas, etc. Es también parte de la espiral de la emergencia.

⁵⁸ CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA ELENA, “Estado argentino: la emergencia permanente,” *RAP*, 264: 19, Buenos Aires, 2000. Ver también las demás referencias de la nota 1, y de la nota 62 en la p. 19, y otras de este cap.

⁵⁹ Ver MILJIKER, *op. cit.*; AHE, *op. cit.*; ALANIS, *op. cit.* y SCHEIBLER, *op. cit.*

⁶⁰ Ver en SCHEIBLER, *op. cit.* Ley 26.204.

compatibles con la emergencia así empeorada; en 2009 está ocurriendo lo mismo y cabe por ello esperar una morigeración de los efectos destructivos de estas políticas estatales o paraestatales. Esto da una vez más un mentís categórico a todos aquellos que pretenden que “en estas cosas” sabe más la administración y el legislador cautivo que los jueces. Ello no es así ni remotamente, en nuestro país. Ojalá pasemos a un gobierno de los jueces, los únicos que entre nosotros tienen mayores chances de ver los temas con objetividad, racionalidad, imparcialidad. No serán todos los jueces que luzcan esos atributos, pero si una masa crítica de entre ellos lo logra, bajo los auspicios de la CSJN, queda al menos la esperanza de que el desvarío se reencamine.⁶¹

II. La prospectiva

3. *El futuro ahora previsible*⁶²

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

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

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

En éstas y otras posibles postulaciones, hablar del derecho de los próximos años supone hablar de la sociedad y la cultura o los hábitos sociales del siglo XXI: ellos son los que marcarán el rumbo legislativo y jurisdiccional. Como todo

⁶¹ Nuestra primera respuesta, dubitativa, en “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921, si bien matizada en “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3, mutó ya más positiva en “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf> y se ha vuelto positiva con el caso *Halabi* de febrero de 2009, *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la 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. Ahora sí la CSJN está encarrilando al país y sirviendo de norte a los demás tribunales.

⁶² Para un tratamiento más completo del tema y el análisis de algunos puntos aquí omitidos, ver nuestro art. “1995-2095, cien años de derecho administrativo,” *Revista Jurídica de Cataluña*, número extraordinario, Barcelona, 1997, p. 61 y ss; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003.

proceso será una lenta evolución, no un salto cualicuantitativo. Y esa evolución es tan interdependiente de otros factores económicos y sociales que resulta una aventura del espíritu tratar de imaginarse qué puede ocurrir en un futuro en el cual ya no estaremos.

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

Esos primeros pasos van mostrando cómo las compañías que tienen diferendos locales no acuden ya a la justicia, por el alto monto de su tasa de justicia, sino a tribunales arbitrales internacionales. Las grandes cuestiones empresarias ya no se someten a la justicia interna cuando es posible evitarla.⁶³

3.2. *La regulación internacional es creciente*⁶⁴

El sistema de derechos humanos es hoy en día claramente supranacional, según lo estamos viendo en este vol. En otra materia, existen algunos sectores de la economía que están virtualmente internacionalizados, como el sistema financiero. La presión de los acreedores externos para que morigeremos la corrupción es creciente y lleva, como primer paso, a la Convención Interamericana contra la Corrupción. Otros pasos habrán de seguirla, ciertamente.⁶⁵

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

⁶³ La Cámara de Comercio Internacional, CCI, con sede en París, es el tribunal a que a menudo recurren las empresas con conflictos locales para que sean dirimidos. Ver FERNÁNDEZ BLANCO, PABLO, "YPF y Central Puerto pelean en tribunales internacionales por \$ 1.115 millones," *El cronista*, 5-III-09, p. 16.

⁶⁴ Puede verse ROZAKIS, CHRISTOS L. y STEPHANOU, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983; AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Nueva York, Ithaca, Cornell University Press, 1992. En otra perspectiva ya antes se hablaba también de *Le nouvel ordre économique international et l'administration publique*, Aire-sur-la-Lys, Institut International des Sciences Administratives y UNESCO, 1983, libro coordinado por GÉRARD TIMSIT.

⁶⁵ Es ésta una lógica inexorable de los hechos. Ya lo advertimos *antes* del dictado de la CICC en nuestra amarga ponencia *Una reflexión actual*, en el libro *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV y Civitas, 1997, pp. 263-76.

comunicaciones libre de toda injerencia estatal, pero ya hay opiniones que quisieran regularla.

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

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

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

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

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

El clásico Estado nacional se ve así sometido a tensiones opuestas, que lo tienen por casi seguro perdedor: pierde poder a mano de las regiones estatales internas, pierde poder a manos de la comunidad estatal supranacional, pierde poder a manos de organizaciones no gubernamentales. Ninguno de estos fenómenos es malo. Es bueno, al contrario, que el poder se fracture, que haya múltiples centros de poder, para que existan cada vez menos posibilidades de que alguien, uno sólo, se adueñe de todo el poder. Ese fenómeno ya se venía advirtiendo con la creación en muchos países de nuevos y diversos órganos nacionales y regionales de control jurisdiccional. No una única Corte Suprema que resuelva todo

y esté muy cerca del poder central, sino una Corte Suprema, un Consejo de la Magistratura, un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, uno o más Defensores del Pueblo u *ombudsmen*, Fiscales independientes del poder político, mayor cantidad de jueces en todos los niveles, etc. Ello reproducido a nivel regional y local. En las comunidades indígenas los antropólogos estudian el derecho tribal bajo el manto de un denominado derecho no estatal. Claro, no estatal de nuestro Estado, pero sí estatal del Estado de ellos. Es que poco a poco se va admitiendo el derecho de las comunidades indígenas a regirse por sus propias normas, a autodeterminarse en lo que ahora se reconoce como su propio territorio *dentro* del viejo territorio del Estado o las regiones. Cederá otra vez el derecho nacional y además, en algunos aspectos, el territorio.

También aumentarán los mecanismos de mediación y arbitraje, como modos autónomos por los que la sociedad busca resolver algunos de sus conflictos, en lo posible sin injerencia directa del Estado salvo en su admisión substitutiva de la intervención judicial. La forma en que se concibió la Internet, como sistema de intercomunicación cuya propia arquitectura la hace insusceptible de control central alguno, es también un adelanto de los tiempos por venir. No decimos con ello que el proceso evolutivo será fácil ni sin disputas, sino que aquellos que antes que nosotros han advertido esta tendencia ven ahora tentativamente confirmada su hipótesis. La sociedad por todas partes tiende a quitarse tutelas y órdenes externas y al propio tiempo introduce elementos de supranacionalidad que pueden verse, según la óptica de cada uno, como liberadores o esclavizantes.

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

3.4. *Autoridades regulatorias independientes*

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

Una primera respuesta son las autoridades regulatorias independientes, con participación de los usuarios; otra, no excluyente, el aumento de órganos judi-

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

3.5. *La participación*

Los que están en el ejercicio del poder temen a la participación, la perciben como un elemento de desestabilización.⁶⁶ En el 2003 pareció darse un impulso a la participación, pero se fue diluyendo hasta llegar al signo contrario, la concentración del poder. En el 2007 se prometió una mejora de la institucionalidad, pero ella tampoco se dió. Por ello los estudiosos que consideran a la participación un mecanismo de estabilización social ven imponerse la hipótesis contraria. Es quizás posible, ya que no nos animaríamos a decir probable en el mediano plazo, que veamos nuevos experimentos con crecientes y cada vez más ricas formas de participación ciudadana en el poder, a distintos niveles.⁶⁷ Pero avanzarán siempre algo más, como vienen avanzando a lo largo de toda la historia de la humanidad.

⁶⁶ Ver nuestros trabajos “Cauces de participación ciudadana,” en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970, pp. 1057-85; reproducido en el libro *La planificación en los entes locales*, t. I, *Estudios Generales*, Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales, 1971, pp. 37 a 63: “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, pp. 126-132; en *Revista de Direito Público*, XIV, n° 57/58, San Pablo, 1981, pp. 29-38; “La participación administrativa,” en *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, España, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, pp. 199 a 211; en *Revista de Direito Público*, n° 74, San Pablo, 1985, pp. 15 a 25.

⁶⁷ Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, 4° ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, nota al art. 14 bis, “Los derechos sociales en las emergencias,” pp. 226-9 y sus referencias; “Nuevos derechos y garantías,” pp. 503-604, comentarios a los arts. 36-42; D’ARGENIO, *La justicia administrativa en Argentina*, op. cit., cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; DANIELE, MABEL, “Acción declarativa de inconstitucionalidad en el ordenamiento de la Ciudad de Buenos Aires”, AA,VV., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 787-844; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, op. cit., pp. 171-5; SCHEIBLER, GUILLERMO, “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE, op. cit., pp. 269-81; “Presupuesto Participativo: una redefinición de la relación administración — sociedad civil”, LL 2004-C, 1058; “Buenos Aires, ciudad de Comunas”, LL, 2006-F, 1035; “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” en DANIELE, MABEL (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008, p. 237 y ss., publicado también con modificaciones bajo el título “Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” *LL Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto de 2008 1-1: 38; ALANIS, “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE, op. cit., pp. 69-82; ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO MARCO, “Audiencias públicas: Sólo para entendidos”, LL, SJDA, 17-V-2007, p. 1 y ss.

Los que fueron temas de discriminación de minorías se irán transformando en temas de participación de mayorías que resultan discriminadas en el ejercicio cotidiano del poder por las minorías gubernativas que ellas mismas han elegido. El gobierno de 2003-2007 se inició con un fuerte discurso de ideología participativa, se dictaron incluso algunas normas importantes, y se avanzó con la nueva constitución de la CSJN, pero luego poco a poco fue disminuyendo su apertura hacia la opinión pública, los medios, la participación social.

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

3.6. *Seguridad exterior e interior*

Salvo el inevitable y progresivo aumento de jueces, policías y cárceles, el problema de las fuerzas de seguridad nacionales ha comenzado a cambiar en el mundo. Por de pronto cada país, analizando sus recursos y la posibilidad de conflictos bélicos, no escoge hoy el camino del armamentismo y el desarrollo de sus fuerzas armadas, sino el sendero inverso y se limita a la intervención internacional en los conflictos regionales. Pareciera que se busca no sólo el mínimo Estado posible, sino también el mínimo contingente posible de fuerzas armadas, exceptuadas siempre las policiales *lato sensu*. Es difícil adivinar si la sociedad global futura querrá siempre resolver los conflictos armados regionales. Por lo que se va viendo a nivel internacional, la respuesta no es afirmativa.

Dentro de esta tendencia a la reducción y modificación de las fuerzas armadas está la sustitución del servicio militar obligatorio por el voluntario, lo que tiene un elemento de democratización del poder: No es lo mismo mandar reclutas que colegas.⁶⁸ También será de creciente importancia la participación de la mujer en las fuerzas armadas, que hace mejores a estas últimas y en las fuerzas policiales, donde su influjo benéfico puede ser aún mayor.

3.7. *La administración y la sociedad futuras*

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

Aparecen en su lugar con mayor frecuencia los contratos de crédito externo, los empréstitos públicos, las concesiones, autorizaciones y permisos. También el voluntariado y distintas formas de actividad pública no estatal, fundaciones,

⁶⁸ Explicamos la génesis del cambio en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios, p. 98, texto en la nota 95 con margen destacado. Hay quienes proponen el retorno al servicio militar obligatorio para paliar el desempleo juvenil, pero así crearían las condiciones para nuevos gobiernos militares.

asociaciones civiles sin fines de lucro, et. Pero imprevistamente reaparecen en el siglo XXI los subsidios y controles internos de todo tipo, antes consignados al desván de los recuerdos.

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

La administración de numerosos servicios sociales que van desde la educación y la salud, pasan por la previsión social y avanzaron sobre la cultura, ve sus recursos progresivamente limitados. Por una parte es el reclamo social de racionalidad en el empleo de tales recursos (reclamo no generalizado: Hay sectores que bregan por un simple aumento del gasto social pero no piden su empleo eficiente), como así también la creciente indignación ante la corrupción; por otra un retorno a concepciones menos generosas de la sociedad hacia sus seres más débiles.⁶⁹ El Estado y las administraciones del mundo que viene no se presentan más protectores o providenciales; al contrario, aumentan los reclamos por mayor seguridad al aparato preventivo y represivo, a nivel policial y penal. Seguramente no dure todo un siglo, pero ocupará alguna parte de él.

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

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

Lo mismo se aplica si el libro como instrumento de difusión de información desaparece en aras a la Internet o lo que fuere. Una versión optimista es que todo esté archivado en infinitos bancos de datos de Internet y que los medios de recuperación se perfeccionen como para permitir buscar cualquier cosa de cualquier época, con un poco de diligencia y habilidad. La eficaz recuperación de la información almacenada se tornará cada vez más crítica. Ya es difícil en un país cualquiera saber qué norma está vigente en determinado momento, qué precedentes hay de ella: Cuánto más lo será saber eso mismo a nivel mundial.

⁶⁹ IVANEGA, "Derechos Fundamentales y Presupuesto Publico...", *op. loc. cit.*

Tendremos en esta hipótesis sí cada vez mayor cantidad de información cargada en distintas bases de datos, pero esto no se traducirá en mayor calidad de información disponible *en tiempo útil*, que ya no se mide en días ni horas sino en nanosegundos.

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

3.7.3. A pesar de que el Estado es cada vez más chico, hace cada vez menos cosas y debe cada vez más, aumenta la presión tributaria⁷⁰ y se reduce entonces el *standard* de vida, aumenta el *stress* de la lucha por la vida, por evitar la obsolescencia personal,⁷¹ el desempleo estructural, la amenaza de pérdida personal de viabilidad económica y cultural a menos que cada uno se dedique a un proceso de reeducación constante, o forme parte del poder oligárquico. En nuestro país se pretende en el siglo XXI llamar oligarcas a los que hace ya generaciones que no forman parte del círculo del poder y a los que nunca estuvieron en el poder pero no son sus propios amigos.⁷² Es que las fuentes de información y opinión de la intelectualidad que apoyó al actual proceso político es increíblemente antigua.

⁷⁰ En nuestro país, en frecuente violación al principio constitucional de legalidad tributaria, que los tribunales aplican pero la realidad se empeña en contradecir. Para la explicación del sistema constitucional ver GELLI, *op. cit.*, t. I, comentario al art. 4º, pp. 44-52.

⁷¹ Los abogados son conscientes de ello, y por eso es que la actividad de postgrado en la Facultad de Derecho de la UBA ha crecido significativamente: http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/boletines_electronicos_n26.php

⁷² Ese jugar con palabras clásicas hace recordar lo que explicara KARL POPPER sobre la terminología platónica acerca de las formas puras e impuras de gobierno: “Pero la democracia se transforma en su forma ilegítima y luego, a través de la oligarquía —el gobierno ilegal de unos pocos— en el gobierno ilegal de una sola persona, esto es, la tiranía, que como dice Platón en la República, es el peor de todos;” AA.VV., *Popper, Vida, pensamiento y obra*, Madrid, Planeta DeAgostini, 2007, p. 220, cap. 4 de *La sociedad abierta y sus enemigos*, con numerosas ediciones en todo el mundo.

La conocida Carta Abierta, en este aspecto, tiene como fuente específicamente un libro de 1903, *La cuestión agraria*, escrito por CARLOS KAUTSKY.⁷³ Con esa ligereza no hay país que progrese, ni cambio social que se produzca.

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

3.7.4. En el medio de todo, los parasistemas pueden llegar a crecer. Suele ser una verdad elemental que cuanto mayor o menor es el grado de desarrollo de un país, más o menos cerca están el derecho teóricamente aplicable y la realidad de su efectiva vigencia. A menor desarrollo, mayor distancia entre lo que el derecho predica y lo que la realidad muestra.⁷⁴ Es necesario en esto hacer lo mismo que en otras materias: Tratar de crear mecanismos y tribunales internacionales que juzguen de la corrupción nacional, aunque sea con medidas menores como la inhabilitación para el visado internacional. No hace falta pensar en medidas excepcionales de intervención, simplemente hay que dar algún paso, siquiera mínimo. No todas las naciones, aisladas, pueden luchar eficazmente contra su corrupción interna y en algunos casos exportan corrupción a otras que todavía están peor que ellas.

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

⁷³ Resulta este dato de la imperdible entrevista otorgada por uno de los intelectuales que forma parte de Carta Abierta, el doctor en filosofía y profesor de Historia de las Ideas RICARDO FORSTER, da a JORGE FONTEVECCHIA, en *Perfil*, 1-III-09, pp. 36-41, esp. p. 37, 5ª col. Interesan tanto las preguntas de FONTEVECCHIA como las respuestas de FORSTER.

⁷⁴ Ver IOSUE, SANDRA M., "Deuda pública perpetua interna, la actual emergencia y las leyes 25.344 y 25.565 ¿Existen acreedores más «acorralados»?," en AHE, *op. cit.*, pp. 29-48.

3.7.6. El siglo XX vivió la cultura del automóvil, pero cualquier ciudad medianamente densa muestra que no entran en la ciudad infinitos coches. La reducción del precio de los vehículos no hace sino incrementar el problema; las carreteras nuevas nunca alcanzan. La regulación del tránsito parece una quimera, aunque en el 2008 se advierten algunos signos de reversión, al menos en la Ciudad de Buenos Aires. Es sólo cuestión de tiempo que la sociedad opte entre implementar gigantescos medios masivos de transporte y virtualmente eliminar al coche privado como medio sistemático de movilidad,⁷⁵ o que cambien los métodos de trabajo, o una combinación de ambos. La suma de sistemas alternativos de trabajo y transporte parece lo más probable de acaecer. Al amparo de las nuevas tecnologías y con un cambio de actitud cultural y jurídica⁷⁶ derivada de la incontrolable concentración y tráfico urbanos, cada vez más crecerá el caso de personas que trabajen desde su casa, obtengan la información de Internet y otras bases de datos, además de la que indispensablemente tengan almacenada en su computadora y CD-ROMs o *pen-drives* personales y manden sus trabajos por fax, modem, correo electrónico, video conferencia o lo que siga en el cambio tecnológico; reciban el pago acreditado en su cuenta y lo gasten con compras y gastos hechos con tarjeta de crédito, por Internet, teléfono, televisión.

3.7.7. Tal vez esto reduzca el número de interacciones sociales y a la inversa aumente los contactos familiares. Posiblemente contribuya a mejorar el nivel de vida al disminuir parte del *stress* laboral y con ello tal vez aumente las expectativas de vida. Pero se tratará de una vida de más trabajo, no menos, con lo cual el principio de Confucio será central: “Elige un trabajo que ames y no trabajarás un sólo día en tu vida.” Esto lo están experimentando las administraciones privadas, pero la pública también lo está haciendo desde hace tiempo. El Consejo de Estado de Francia es la más vieja institución pública seria que practica este método de trabajo. Las promesas de hace algunas décadas de que nuestro problema en la edad madura sería cómo administrar el ocio, se ven ahora enfrentadas con el dilema de cómo seguir siendo competitivo en un mundo en el cual uno es siempre obsoleto y se ve permanentemente amenazado con devenir obsoleto del todo. No queda lugar para el ocio, a ninguna edad, cuando la seguridad social disminuye. Ahora hay que luchar contra la continua declinación y obsolescencia personal, no ya en el solo plano de la salud física y mental, no ya solamente en saber buen inglés⁷⁷ y mantener habilidades básicas en computación e informática,⁷⁸ sino globalmente en la capacidad de supervivencia como miembro útil de

⁷⁵ La Ciudad de Buenos Aires ha comenzado en 2008 a restringir el uso del automóvil privado limitándoles el número de carriles utilizables, en beneficio de ómnibus y taxis, como en otras ciudades de países desarrollados.

⁷⁶ Ver MARTINO, ANTONIO A., “El gobierno digital para la emergencia,” en AHE, *op. cit.*, pp. 49-67.

⁷⁷ Así, la CABA introduce el estudio obligatorio del idioma inglés desde la escuela primaria.

⁷⁸ La Provincia de San Luis ya tiene instalado el wi-fi en todo el territorio de la Provincia. Es algo que deberían imitar las demás provincias.

una sociedad siempre cambiante, cuyos individuos deben también vivir en la reeducación, actualización de destrezas y habilidades laborales y readaptación constantes, con habilitaciones profesionales que ya no serán permanentes, sino transitorias, sujetas a nueva evaluación y rehabilitación periódicas. Muchos ni siquiera se presentarán.

3.7.8. En suma, en el largo plazo seguirá produciéndose la fractura y transferencia de poder político y normativo del Estado a las regiones; se incrementarán los órganos y las normas supranacionales, se multiplicarán los organismos de control del poder político y del poder económico; aumentarán los jueces, la policía y las cárceles. Continuará la privatización de la economía, la desregulación, la desmonopolización. Crecerá la libre competencia. Por supuesto, hay siempre burbujas económicas, sociales o políticas que algunos creen ser realidad y no imaginación o ficción. Allí los problemas se agravan en cada oportunidad que la burbuja explota.⁷⁹

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

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

3.7.8. Mientras tanto, transitamos por una notoria concentración del poder y restricción de las libertades y los derechos individuales, como ya explicamos más arriba, lo que nos coloca mucho más atrás en el sentido de la posible evolución. Será necesario previamente desandar mucho camino hasta ahora mal transitado,

⁷⁹ DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2009-1, en prensa; del mismo autor, “Apuntes sobre la idea del conflicto permanente,” *RPA*, 2008-1, 55-62. El rol de la ficción en la construcción de una cultura jurídica es explicado también por DROSSOS, YIANNIS Z, “Una conferencia en Harvard y una cena en Buenos Aires o: La realidad de la imaginación en la doctrina legal y la cultura nacional de Grecia del siglo diecinueve,” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2008-1, pp. 7-30. O sea, la ficción en sí no es buena ni mala, depende de qué ficción sea y a qué sirve; por supuesto, es necesario tener conciencia de la existencia de la ficción como tal, para no caer en el error de verdaderamente creerla. Nuestras experiencias locales son que los gobernantes se creen las ficciones, y por eso las burbujas terminan siempre de la peor manera posible.

pero abrigamos la esperanza que el año 2009 marque una creciente tendencia de mejoramiento institucional, luego de un punto de inflexión tentativo en el año 2008.⁸⁰ Los particulares, los colegios de abogados, las múltiples ONGs dedicadas a la cosa pública, los abogados actuando individualmente como agentes de la democracia y control del poder público, pueden contribuir mucho a este proceso, como se puede apreciar en los ejemplos de pronunciamientos judiciales que desgranamos a lo largo de la presente obra y que fueron iniciados por particulares y diversas ONGs. Todo ello, en el contexto mundial que ya explicamos en el prefacio y retomamos en el cap. V,⁸¹ entre otros lugares.

⁸⁰ Lo analizamos en “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009. También en “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009.

⁸¹ Ver esp. § 5, “No es solamente derecho interno. El derecho administrativo internacional y el derecho administrativo global o mundial,” pp. V-10/16, y sus referencias, con más las referencias adicionales del prefacio a esta décima edición.