

APORTES PARA UN DERECHO ADMINISTRATIVO LIBERAL

Ezequiel J. Eiben

2021

ACADEMIA EIBEN

E³

Ezequiel Eiben Ediciones

Diseño de cubierta: Ezequiel José Eiben Martín

Diseño de interior: Ezequiel José Eiben Martín

© Ezequiel José Eiben Martín, 2022

ISBN: 9798358927483

Academia Eiben

E³

Ezequiel Eiben Ediciones

1° edición, 2022

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito del titular del copyright; a excepción de citas de la obra que se realicen siempre mencionando datos autorales y editoriales pertinentes cuya extensión no atente contra la reproducción precedentemente mencionada. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

A quienes amo y me aman, cuando se trata del amor que perdura más allá de las fluctuaciones emocionales con las que la vida nos pone a prueba.

A los liberales, objetivistas y personas de bien que inviertan su tiempo en estas páginas para soñar un Derecho mejor, y que vayan por su concreción con valentía, tenacidad y racionalidad.

A aquella partecita en nosotros que no se resigna a la esclavitud en cualquiera de sus formas, y puja por la libertad en todas sus formas.

“Eterna vigilancia es el precio de la libertad”

Expresión de amplia difusión en el siglo XIX

Monticello.org

“...la minoría más pequeña del mundo es el individuo. Quienes niegan los derechos del individuo no pueden llamarse a sí mismos defensores de las minorías”

Ayn Rand

La virtud del egoísmo

Agradecimientos

Primero dedico unos agradecimientos generales, y luego merecidamente realizo nombramientos particulares.

Agradezco a los maestros de la vida cuyas enseñanzas me depositaron en el lugar en el que me encuentro hoy, con la dicha de tener algo interesante para decir, y transformar esa energía en un libro con mi sello intelectual.

Agradezco a los autores de obras excepcionales y recomendables que inspiran a escribir las propias, por la calidad y cantidad de saber que contienen, y porque constituyen el aliento necesario para profundizar en temáticas que repercuten en la vida de todos.

Agradezco al Abogado Magister Pablo Cardozo García, mi estimado amigo, admirado colega, y entrañable compañero de carrera en los años universitarios. Su colaboración con el prefacio, además de honrarme profesionalmente, me emociona y conmueve personalmente. La rivalidad en lo futbolístico y en los videojuegos ha cedido exitosamente frente a los años de amistad compartidos y las enseñanzas que ellos me han dispensado, que pesaron más a la hora de proponer y aceptar la tarea encomendada.

Agradezco al Dr. Garret Edwards por su interés y colaboración, a quien al momento de presentarle la obra no conocía personalmente. Dueño de una excelente capacidad de redacción que adorna con la calidez de sus palabras, se encargó del prólogo. Significó mucho para mí que otro abogado liberal, que se desempeña con probidad en el mundo jurídico, y que no mantenía compromiso alguno conmigo, ponderase el presente libro, e hiciese énfasis tanto en su contenido como en la experiencia del autor. Todo lo cual acompañó -mediante un gesto que habla de su grandeza y caballerosidad- con una apropiada mención al Magister Alan Futerman, destacado economista y amigo de ambos, responsable de ponernos en contacto para la concreción del mencionado prólogo.

Índice

Prólogo	23
Prefacio	27
Introducción	31
SECCIÓN I: TEORÍA GENERAL.....	33
Capítulo 1. Modelos de Estado	35
I. Introducción.....	35
II. Policía.....	35
II.A) Limitación y expansión del poder y la privacidad.....	35
II.B) Distinción conceptual	36
III. Modelos de Estado	37
III.A) Estado Liberal de Derecho	37
III.B) Estado Social de Derecho	38
III.C) Estado Subsidiario	40
III.D) Estado Populista.....	41
IV. Conclusión.....	43
Capítulo 2. Principio de Juridicidad como fundamento del Estado de Derecho	47
I. Introducción.....	47
II. Poder del Estado	47
II.A) Estado de Derecho	48
II.B) Autocracia	49
III. Papel desempeñado por el Principio de Juridicidad.....	51
III.A) En relación al Estado de Derecho.....	51
III. En relación a la Autocracia	51
IV. La Juridicidad en el Derecho Administrativo	52
V. Conclusión	53
Capítulo 3. Constitucionalismos y derechos	55

I. Introducción.....	55
II. Precisión filosófica	55
III) Constitución y desarrollo a nivel nacional.....	56
III.A) Carácter de la Constitución	56
III.B) Supremacía constitucional	57
III.C) Origen liberal del Constitucionalismo	58
III.D) Constitucionalismo social	60
IV) La influencia de los Constitucionalismos en los instrumentos y organizaciones internacionales.....	64
IV.A) El contexto durante el siglo XX	65
IV.B) Declaraciones y Pactos internacionales	67
V) Constitucionalismos y Derecho Administrativo	70
VI) Conclusiones	71
VI.A) La vuelta a las raíces constitucionales.....	71
VI.B) La proyección en el Derecho Internacional	72
VI.C) Derecho Administrativo compatible con el Constitucionalismo liberal	73
Capítulo 4. El Consejo de Estado francés y el debate en el Derecho Administrativo	75
I. Introducción.....	75
II. Historia	76
II.A) Orígenes del Derecho Administrativo	76
II.B) La tendencia administrativista	78
II.C) Aparición y crecimiento del Consejo de Estado	79
III. Actualidad.....	81
IV. El debate: dos críticas que van de la mano	82
IV.A) Crítica desde la Filosofía Política	83
IV.B) Crítica desde el Derecho Administrativo	84

V. Conclusión	84
Capítulo 5. El Derecho al servicio de los derechos	87
I. Introducción.....	87
II. Definiciones comunes	87
III. Definiciones de Bruno Leoni	89
III.A) El Derecho no equivale a la legislación	89
III.B) La legislación no es el mejor medio para validar normas	90
III.C) Los derechos no deberían atarse a las previsiones legislativas ..	91
III.D) Los términos comunes a la luz de las concepciones de Leoni	92
IV. El Derecho Administrativo en contemplación de la alternativa	92
IV.A) El Derecho Administrativo no equivale a la reglamentación.....	93
IV.B) La reglamentación no es el mejor medio para validar normas..	94
IV.C) Los derechos no deberían atarse a las previsiones regulatorias	95
V. Conclusión	96
SECCIÓN II: APLICACIÓN	97
Capítulo 6. Competencias regladas y discrecionales de la Administración	
Pública	99
I. Introducción.....	99
II. Conceptualización.....	99
II.A) Competencia jurídica	99
II.B) Competencia administrativa.....	100
II.C) Competencias regladas y discrecionales.....	100
II.D) Tesis del acto híbrido	101
II.E) Valor pedagógico de la clasificación	102
II.F) Distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad	103
III. Competencias regladas	105
III.A) Facultad y regulación	105

III.B) Regulación directa.....	105
III.C) Regulación indirecta o inversa.....	106
III.D) Regulación residual.....	107
III.E) Regulación técnica y Discrecionalidad cero.....	107
III.F) Conclusión de la competencia reglada	109
IV. Competencias discrecionales	109
IV.A) Razonabilidad.....	110
IV.B) Proporcionalidad	111
IV.C) No desviación de poder	112
IV.D) Buena fe.....	114
IV.E) Alterum non laedere.....	114
IV.F) Conclusión de la competencia discrecional	115
V) Conclusión	116
Capítulo 7. Estabilidad del empleo público	117
I. Introducción.....	117
II. Conceptualizaciones y marco legal	117
II.A) Definiciones	117
II.B) Reconocimiento en el sistema jurídico	118
III. Jurisprudencia: de la estabilidad impropia a la estabilidad propia	119
III.A) Argumentación a favor de la estabilidad	120
III.B) Argumentación en contra de la estabilidad	120
IV. Nathaniel Branden y el divino derecho al estancamiento.....	123
V. Conclusión	125
Capítulo 8. Contratos de la Administración.....	127
I. Introducción.....	127
II. El contrato en general	127
II.A) El contrato civil.....	128

II.B) El contrato administrativo	128
III. Aplicación del contrato administrativo	128
III.A) En relación al empleo público	129
III.B) En relación a los particulares	129
IV. Precaución epistemológica con repercusión jurídica	130
V. Conclusión	131
Capítulo 9. Afectación en el dominio público del Estado	133
I. Introducción.....	133
II. Dominio público	134
III. Afectación	134
IV. Razonabilidad	135
IV.A) Razonabilidad respecto de la actividad particular	135
IV.B) Razonabilidad respecto de la actividad estatal	135
V. Lecciones de la jurisprudencia	137
VI. Conclusión.....	139
Capítulo 10. Infraestructura pública	141
I. Introducción.....	141
II. Nociones preliminares	142
III. Clasificación de la infraestructura pública.....	143
IV. La perspectiva liberal.....	143
IV.A) Consideración sobre el interés público.....	144
IV.B) La infraestructura a la luz de la nueva perspectiva	145
V. Conclusión	150
Capítulo 11. Responsabilidad por daños del Estado	151
I. Introducción.....	151
II. Antecedentes históricos de la responsabilidad estatal por daños en el Derecho anglosajón como símbolos de la evolución conceptual.....	151

III. Formulación y evaluación de la teoría	153
IV. La teoría proyectada sobre el Derecho argentino	154
IV.A) Responsabilidad extracontractual	154
IV.B) Responsabilidad contractual	154
V. Conclusión	154
Capítulo 12. La vía administrativa.....	157
I. Introducción.....	157
II. Dos posturas doctrinarias enfrentadas	157
II.A) Primera doctrina	157
II.B) Segunda doctrina	159
II.C) El debate doctrinario.....	159
II.D) La legitimación activa	160
II.E) Modernas tendencias	161
II.F) La jurisprudencia	162
III. Conclusión.....	163
Capítulo 13. Inmigración	165
I. Introducción.....	165
II. Nociones básicas.....	165
III. Argumentos favorables a la inmigración	166
III.A) Crecimiento poblacional como aliciente económico	166
III.B) Posibilidades de absorción cultural de los migrantes	167
III.C) Integración: inmigración venezolana económicamente adecuada y culturalmente afín	167
IV) Pruebas del argumento.....	168
IV.A) Prueba en la historia	169
IV.B) Prueba en la actualidad	171
V. Conclusión	172

Capítulo 14. Corrupción	173
I. Introducción.....	173
II. Conceptualización.....	173
II.A) ¿Qué es la corrupción?.....	174
II.B) Los actos corruptos.....	175
III. Cuenta pendiente: participación ciudadana.....	175
IV. Conclusión.....	176
Capítulo 15. Libertad de expresión	179
I. Introducción.....	179
II. Conceptualización.....	180
III. Libertad de expresión en el Derecho Supranacional	180
III.A) Derecho Internacional	181
III.B) Derecho Regional	181
III.C) Jurisdicción Internacional	182
IV. Dos críticas a la implementación de la libertad de expresión	183
IV.A) Derecho y servidumbre.....	183
IV.B) Restricciones gubernamentales	184
V. Contexto en la libertad de expresión.....	184
V.A) Ciudadanía y Estado	184
V.B) Mayoría y minoría de edad	185
V.C) Daño físico y psicológico.....	186
V.D) Amenazas y defensa propia	187
V.E) Respeto al derecho de expresarse y a la idea expresada	187
VI. Conclusión.....	188
SECCIÓN III: PROPUESTAS DE REFORMA	191
Capítulo 16. Propuestas en relación a la teoría general – Parte 1: Derechos individuales	193

I. Introducción.....	193
I.A) Precisiones para la sección	193
I.B) Precisiones para el capítulo	194
II. Teoría de derechos individuales	194
II.A) Entendimiento del individuo y sus derechos	195
II.B) Contraposición entre derechos individuales y derechos sociales	196
II.C) Concentración en la realidad.....	197
II.D) Necesidad de una teoría receptora de la naturaleza del individuo	199
III. Conclusión.....	200
Capítulo 17. Propuestas en relación a la teoría general – Parte 2: Estado Mínimo-Gobierno Limitado	201
I. Introducción.....	201
II. Teoría del Estado Mínimo-Gobierno Limitado	201
II.A) Terminología	201
II.B) Funciones estatales mínimas	203
II.C) Limitación del poder	206
II.D) Estado y derechos	208
III. Contraste de las concepciones con los derechos sociales	209
IV. Prioridad en el descubrimiento y generación particular del Derecho	210
V. Conclusión	211
Capítulo 18. Propuestas en relación a la teoría general – Parte 3: Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada.....	213
I. Introducción.....	213
II. Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada..	213
II.A) Administración para administrados	214

II.B) Justificación.....	214
II.C) Financiamiento	215
II.D) Funcionamiento	221
III. Conclusión.....	222
Capítulo 19. En relación a la aplicación práctica – Parte I: Régimen competencial del Estado	225
I. Introducción.....	225
II. Propuestas globales.....	227
II.A) Enfoque filosófico individualista	227
II.B) Enfoque jurídico individualista	228
III. Propuestas generales	229
III.A) Preeminencia de la regulación indirecta.....	229
III.B) Limitación de la discrecionalidad	231
IV. Propuestas específicas	233
IV.A) Explicitud en los elementos del acto administrativo	233
IV.B) Sometimiento de las actuaciones a revisión judicial	234
V. Conclusión	238
Capítulo 20. En relación a la aplicación práctica – Parte 2: Empleo público, contratación, régimen dominial e infraestructura.....	239
I. Introducción.....	239
II. Empleo público	239
II.A) Reducciones estatales	240
II.B) Eliminación de la estabilidad en el empleo público	242
III. Contratación estatal	243
III.A) Examen terminológico	244
III.B) Contratos administrativos de voluntad común	244
IV. Régimen dominial del Estado	245
IV.A) Propiedad pública y propiedad privada	245

IV.B) Afectación y mantenimiento	246
IV.C) Restituciones	248
V. Infraestructura pública	248
V.A) Evitación de corrupción	249
V.B) Control de la agenda de Gobierno.....	249
V.C) Calidad acorde a la recaudación	250
VI. Conclusión.....	250
Capítulo 21. En relación a la aplicación práctica – Parte 3: Responsabilidad por daños, vía administrativa, inmigración, corrupción y libertad de expresión	251
I. Introducción.....	251
II. Responsabilidad estatal por daños	251
II.A) Normatividad aplicable.....	252
II.B) Propuesta desde la pertinencia normativa	255
III. Vía administrativa.....	256
III.A) Recursos disponibles.....	257
III.B) Eliminación de la obligatoriedad de la vía administrativa y adaptación a las necesidades procedimentales de los administrados	258
IV. Inmigración.....	258
IV.A) Crisol de culturas y multiculturalismo.....	259
IV.B) Normativa legal	261
V. Corrupción	263
V.A) Fortalecimiento de la rendición de cuentas.....	265
V.B) Reconocimiento al control ciudadano	267
V.C) Reconsideración de instituciones administrativas preexistentes	270
VI. Libertad de expresión	272
VI.A) Eliminación de instituciones amenazantes.....	273
VI.B) Objetividad en los medios públicos de comunicación	273
VI.C) Remoción de reglamentaciones.....	274

VI.D) El ideal.....	275
VII. Conclusión	275
Capítulo 22. Notas finales.....	277
I. Introducción.....	277
II. Repaso e integración.....	277
II.A) Resumen de lo estudiado.....	277
II.B) Reflexión en torno a lo abordado	284
III. Conclusión.....	287
Bibliografía	289
Sobre el autor	305

Prólogo

Difícil tarea siempre la de escribir un prólogo. Debe tratarse de una pieza cuya extensión no resulte abrumadora, sino más bien breve en su esencia. Una suerte de presentación, pero también de resumen de la obra a la cual antecede. Una introducción antes de la introducción. Una referencia, asimismo, sobre el autor, y a la vez una ponderación de qué hace que el libro que ahora está en manos del lector amerita un lugar en la vasta literatura de ese género. Más compleja resulta la tarea cuando el universo al cual nos abocamos es el de los textos jurídicos, y mucho más cuando la clave de éste es la clave liberal. “Aportes para un Derecho Administrativo Liberal” de Ezequiel J. Eiben no es cualquier libro, es una obra que probablemente muchos lectores no sabían que necesitaban y que se convertirá en imprescindible en la materia.

Cuando Ezequiel me brindó el honor de prologar esta obra no nos conocíamos. Un amigo en común, el prestigioso economista Alan Futerman, unió a ambas partes en la noción de que contactar mentes afines sería fructífero. No estaba equivocado. Aún no conozco a Ezequiel en persona, mas tras haber leído esta obra siento que lo conozco de una manera en la que probablemente me habría tomado muchos años hacerlo. Ezequiel es un joven abogado, pero sólo joven en lo que refiere a su edad, no en su experiencia, la cual es extensa e intensa. Es de esos abogados de los que, desafortunadamente, hay pocos en la Argentina: aquellos que son capaces de mirar más allá del frío texto de la norma y expandir su visión hacia otras latitudes. Al igual que quien suscribe estas líneas, Ezequiel es un abogado vinculado con los medios de comunicación y con la educación, demostrando de forma veraz y acreditada un compromiso con el desarrollo y crecimiento del otro y con la posibilidad de acercarnos, paso a paso, a la verdad y al conocimiento. La labor que Ezequiel desarrolla en Academia Eiben, una plataforma educativa digital, es testimonio mismo de una vida dedicada a pregonar la difusión del conocimiento y de la información, particularmente la jurídica.

El Derecho Administrativo ocupa un lugar preponderante en la vida de aquellos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia de Derecho Romano Continental, o del *Civil Law*, como lo llaman los anglosajones. Eso es así ya sea que nos demos cuenta o no nos resulte posible hacerlo. La impronta francesa respecto de la forma en la que el ciudadano se vincula con el Estado cuando el Estado está en el ejercicio de sus funciones no es un tema baladí. Es también una rama del Derecho que, en su análisis doctrinario, en la Argentina ha sufrido los vaivenes propios de una materia que, mayoritariamente, ha sido estudiada y enseñada de una sola manera por los llamados expertos. Los nombres de los autores clásicos argentinos, los cuales no hace falta mencionar en esta ocasión, han tenido usualmente un sesgo pro-Estado, en detrimento de los derechos esenciales de los administrados. Una clara violación de las ideas propias de la Ilustración Escocesa y del liberalismo, y una perversión del entendimiento de que nuestras garantías más esenciales son un valladar ante el accionar del Estado, y no la herramienta para que el Estado nos someta.

A más de ello, el paso del tiempo también ha generado una invasión cada vez mayor de lo que podríamos llamar *lo público* por sobre *lo privado*, cuestión que se ha visto, por caso, normativizada más recientemente en el Código Civil y Comercial de la Nación, donde se habla de la constitucionalización del Derecho Privado, pero nunca de la privatización del Derecho Público. Se ha generado un puente que, según algunos, sólo puede cruzarse de un solo lado y no de ambos. Con un Estado cada vez más voraz y un poder policíaco cada vez menos vigilado, limitado y controlado. Tal el caso en nuestro país de la ya no tan reciente reforma de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, temática que aún deja absortos, me consta, a jueces del fuero Contencioso Administrativo, aunque no lo admitan en público.

Ezequiel realiza un tratamiento de todas estas temáticas y muchísimas más, las cuales resultaría imposible resumir en pocas líneas sin correr el riesgo de haber dejado otras de lado. Con maestría, el autor de esta obra nos sirve de guía cual si se tratara de un viaje virtual, y por ende literario, por las vicisitudes del Estado Liberal de Derecho. Postura esta a la cual, lamentablemente, son pocos quienes se animan a defenderla en este siglo XXI en lo que refiere al Derecho Administrativo. La corrupción, un mal que no ha nacido ayer y que no desaparecerá mañana, requiere de doctrinarios y autores comprometidos como Eiben, quien nombra a cada cosa por su nombre y nos regala un libro que ha de ser lectura obligatoria no sólo para los administrativistas, sino también para abogados especializados en otras áreas, y también para los administrados, que somos todos.

Dr. Garret Edwards
Director de Investigaciones Jurídicas de Fundación Libertad
Julio de 2022, Rosario, Santa Fe, Argentina

Prefacio

Al autor de esta obra lo conocí cuando ambos comenzábamos a estudiar abogacía, en una universidad privada en la provincia de San Juan, nuestra tierra natal. Por cuestiones del destino o el azar, rápidamente comenzamos a preparar materias juntos. Desarrollamos una ordenada rutina de reuniones diarias, en las que no sólo estudiábamos, sino que también discutíamos sobre todos los temas que dos alumnos de derecho que comienzan a incursionar en el mundo de las leyes, la política y la filosofía, pueden discutir.

Fue también el destino o el azar el que hizo que los dos decidiéramos terminar nuestros estudios en otras universidades. Uno fue para Córdoba, otro para la Ciudad de Buenos Aires. Por eso, cuando muchos años después me propuso escribir el prefacio de su nuevo libro, tenía curiosidad por saber si me encontraría con una obra que reflejara esa mirada y narrativa crítica, que a veces incomoda, que el autor siempre mostró en aquellos años de juventud y que, con el tiempo, demostró haber pulido y profundizado. No me equivoqué.

En *Aportes para un Derecho Administrativo Liberal*, Ezequiel J. Eiben efectúa un repaso de temas e instituciones básicas del derecho administrativo y constitucional desde un punto de vista sumamente original. Partiendo de un enfoque liberal, el autor pone en evidencia una realidad innegable de nuestros días: el derecho administrativo se ha convertido, más que en una herramienta para el administrado, en un mecanismo que se usa para dificultar el ejercicio de sus derechos y para potenciar prerrogativas estatales autoconcedidas.

En su Primera Sección, el autor realiza un repaso histórico-conceptual de los distintos modelos de estado, del principio de juridicidad y su relación con el Estado de Derecho y las autocracias, la evolución del constitucionalismo y se adentra en una síntesis del Consejo de Estado francés, una de las instituciones que más ha aportado al surgimiento y desarrollo del derecho administrativo en el mundo continental. Finaliza esta

Sección con un cuestionamiento -o una invitación a la reflexión- sobre los conceptos de “Derecho” y de “derechos”: el Derecho -desde un punto de vista objetivo, como conjunto de normas- debe estar al servicio de los derechos -desde un punto de vista subjetivo, como prerrogativas y facultades de la ciudadanía-, en lugar de convertirse en una herramienta para desnaturalizarlos, obstaculizarlos, restringirlos en pos de intereses de quienes elaboran las normas jurídicas.

Es verdaderamente interesante, en esta Primera Sección, que el repaso histórico-conceptual también se lleva adelante bajo la luz de las ideas filosóficas liberales. No se trata de un mero racconto pasivo y acrítico de conceptos, episodios, momentos o instituciones históricas. La incorporación del “Estado Populista” como un modelo de estado codo a codo con el Estado Liberal, Social de Derecho y Subsidiario es una buena muestra de ello. Esta primera parte de la obra anticipa al lector el enfoque bajo el cual se tratarán -y deberían ser leídos- los distintos temas por los cuales transcurre el resto de la obra.

En la Segunda Sección el autor apunta ciertas inconsistencias en la teoría iusadministrativista, nuevamente desde un enfoque liberal. Señala, así, que en el régimen del empleo público, la estabilidad juega un rol contraproducente a los fines que proclaman quienes la defienden; que cuando un acuerdo de voluntades no obliga a las dos partes a cumplirlo difícilmente pueda hablarse de un “contrato”, y esto es lo que sucede en reiteradas ocasiones en los “contratos administrativos”; que el régimen de dominio público del Estado no es utilizado para el uso y beneficio común de la sociedad; que el “interés público” que se utiliza para justificar una expansión de la infraestructura pública termina en muchos casos perjudicando a los ciudadanos; que por momentos pareciera que estamos en presencia de un régimen de “irresponsabilidad” del Estado; que la necesidad de “agotar” la vía administrativa -parafraseando a Hutchinson- acaba por “agotar al administrado”; entre algunas otras.

Finalmente, en su Tercera sección, el autor encara distintas propuestas relacionadas con todos los temas previamente tratados. Como presupuesto básico entiende que es necesario partir de una reivindicación de los derechos individuales clásicos y un camino hacia un Estado Mínimo y/o Gobierno Limitado, que es una realidad que se aleja de la actualidad en muchas latitudes del globo, principalmente en latinoamérica. Así, sería posible rediseñar una Administración Pública que ponga su foco en el interés individual -de todos y cada uno- más que en el difuso interés público, y en servir al administrado. Bajo tales premisas, se proponen soluciones a los problemas señalados en la Segunda sección.

Sin dudas, un libro para tener en la biblioteca.

Pablo Cardozo García
Abogado y Magíster en Derecho por la Universidad Austral de Buenos Ai-
res, Argentina

Introducción

El Derecho como *disciplina científica* se encarga de normativizar las relaciones sociales. Un individuo solitario en una isla desierta no ejerce derechos frente a nadie, ni se le imponen obligaciones a cumplir; no hay un orden jurídico que respete, y cuya observancia resulte exigible a otros. En un contexto social, en cambio, varios individuos interactúan entre sí; y en aras de la seguridad, previsibilidad, tranquilidad y posibilidad de reclamos, elijen hacerlo mediante principios, reglas y normas que se convierten en el *Derecho vigente*.

A partir de la generación del Derecho, se consagran normativamente los ámbitos de libertad y actuación de los individuos, sobre quienes recaen las normas jurídicas. En una etapa previa al Derecho humanamente generado, la libertad de actuación natural a los individuos se ejerce sin ligaduras jurídicas positivas. En la etapa posterior, existe un reconocimiento de las normas que contemplan la pluralidad de situaciones sobre las que pueden recaer.

Las normas de Derecho pueden apuntar a los *aspectos privados*, ya sean personales, reales o de interacción entre pares -como el ejercicio del libre pensamiento, la propiedad privada, las reuniones sociales y los contratos-; o a los *aspectos públicos* -como la organización política de la comunidad en un Estado, y las relaciones internacionales que este mantiene con otros entes nacionales soberanos-.

En la presente época, se percibe una marcada tendencia: lo público ha avanzado sobre lo privado. Ámbitos otrora reservados a la libre disposición del individuo y su intimidad, hoy son objeto de regulación estatal. Ámbitos otrora pertenecientes al orden espontáneo desenvuelto en la sociedad civil, hoy pertenecen al orden rígido estatal.

Disímiles evaluaciones pueden hallarse respecto de tal tendencia. Los partidarios de la preeminencia estatal dicen una cosa, y los partidarios de la preeminencia del individuo dicen otra. Lo que no deja de observarse, se esté a favor o en contra, es que el Derecho

en tanto ordenamiento, como guardián de los derechos individuales y la libertad de quienes se mueven en su órbita, ha retrocedido en tal función, para darle mayor cabida a las prerrogativas estatales, los derechos colectivos y la igualación mediante la ley.

Concretamente, los interesados en la libertad individual y límites al Estado pueden diagnosticar con certeza que la Ciencia Jurídica está infectada por un virus; y como suele suceder, si no se hace nada para revertirlo, el virus se expande. Este mal recurrente -que se ha repetido en otras épocas, tuvo un clímax en el siglo XX, y encuentra nuevas estrategias de reinvención en el siglo XXI- es el *estatismo*. Entiéndase por ello, el crecimiento y primacía del Estado por encima de los individuos que le dan nacimiento y a quienes supuestamente debería servir y no mandonear.

El crecimiento del Estado es el crecimiento del *Derecho del Estado*. Para toda nueva dependencia, hay una norma jurídica que la habilita. Para toda nueva competencia, hay una norma jurídica que la reconoce. Y para toda nueva regulación que obstruye el ejercicio de derechos de los privados, hay una norma jurídica absorbiendo libertades.

Si bien lo descripto es un síntoma generalizado en todas las ramas jurídicas, resulta más palpable en algunas que en otras. Entre esas “algunas” se encuentra el *Derecho Administrativo*, el que aquí principalmente concierne.

El Derecho Administrativo estudia el delineamiento de actuación de la Administración Pública y el ejercicio de la función administrativa; el funcionamiento de entidades autónomas y autárquicas que participan en el Derecho Público; y el diseño de las políticas públicas tendientes al llamado “bienestar social” (concepto criticado duramente por las corrientes del Liberalismo y el Objetivismo debido a su imprecisión epistemológica).

En esta era de estatismo, la Administración Pública no se queda atrás. Sea a nivel nacional, provincial, o municipal, se ha agigantado; y para peor, brinda usuales muestras de renuencia a ser controlada en sus actuaciones.

Ante dicho panorama, se impone la necesidad de elaborar una alternativa, centrada en circunscribir el ámbito donde acciona la Administración, y en garantizar que efectivos mecanismos la sometan a revisión. Para ello debe tenerse en mente el respeto por los derechos de los administrados que sufren los desbordes y el descontrol, y ha de recurrirse al conjunto de ideas que siempre vela por sus intereses: las ideas liberales.

Un Derecho Administrativo para un Estado liberal, entonces, debe proponerse atar las maniobras de la Administración a sus ámbitos de acción, y beneficiar los espacios de libertad individual de los administrados. Efectuar aportes en diversas materias de la rama administrativa, para lograr tal cometido, es el objeto de este libro.

SECCIÓN I

TEORÍA GENERAL

Capítulo 1. Modelos de Estado

I. Introducción

Aquí comienza la parte de teoría general del presente libro, donde se considerarán conceptos y principios fundamentales, que sirven de presupuestos para el posterior abordaje específico de temas administrativos.

En este capítulo se analizarán los diferentes modelos de Estado que desde el siglo XX en adelante se han presentado en Argentina, con foco en sus fundamentos filosóficos y particularidades jurídicas. Ellos son el Estado Liberal de Derecho, el Estado Social de Derecho, el Estado Subsidiario, y el Estado Populista

El criterio administrativista seleccionado para trazar los diferentes tipos estatales será la actividad de policía administrativa. Según el modelo de Estado que se ha implementado en general en los países occidentales y en particular en Argentina, ha sido la consecuente extensión o restricción de tal actividad.

De acuerdo a lo dicho, se seguirá el orden cronológico en relación a la vigencia de los modelos; y la estructura argumental escogida para presentar cada caso contendrá ubicación temporal, trasfondo filosófico, contenido administrativo y jurisprudencia.

II. Policía

En este apartado se expondrán las visiones filosóficas contrapuestas entre la limitación o expansión del Estado y la limitación o expansión de la actividad privada; y se analizará el concepto de policía, el cual *a posteriori* se utilizará como parámetro de distinción de modelos estatales.

II.A) Limitación y expansión del poder y la privacidad

Un motivo de desvelo para los grandes teóricos de la Filosofía Política comprometidos con la causa de la libertad, siempre ha sido el de la *limitación del poder*. Cómo

hacer para que el Estado se ponga al servicio de los ciudadanos, y que estos no queden reducidos al status de meros súbditos bajo una autoridad indiscutible. Es decir, cómo espantar al Leviatán y atraer al Estado de Derecho.

Otros pensadores comprometidos con la causa de la igualdad, en cambio, han utilizado su pluma para justificar el ensanchamiento del campo de acción estatal, lo cual se relaciona con la *limitación de la iniciativa privada*. La sujeción a la autoridad se vuelve más severa, y el Estado de Derecho cede ante la aparición de alternativas intervencionistas.

El Derecho Constitucional -que carga en el trasfondo ideas filosóficas en torno a las relaciones políticas- diseña los modelos de Estado que cada país implementa para su organización jurídica. El Derecho Administrativo se ocupa de perfilar y regular la Administración Pública que actuará en concordancia con dichos modelos. Según la esencia jurídica de cada uno, el Derecho interpondrá barreras infranqueables contra los abusos y arbitrariedades, a los fines de garantizar una actuación legalmente ajustada y dedicada a unos pocos menesteres; o será más blando en la limitación de la autoridad, y permitirá -y alentará- la multiplicación de funciones.

En ciertos momentos ha predominado el minimalismo en el poder; en otros se ha estado lejos de rechazar la acumulación de competencias e intromisiones. La actividad de policía es un buen termómetro para la medición de tales supuestos.

II.B) Distinción conceptual

En aras de esquivar errores terminológicos, resulta consistente trazar una distinción entre los conceptos de *poder de policía* por un lado y *policía* por el otro. Julio Isidro Altamira Gigena argumenta que el primero se refiere a “la atribución que tiene el Estado de dictar normas que reglamentan el ejercicio de los derechos”, y su ejecución corresponde al Poder Legislativo; mientras que el segundo consiste en actividades administrativas que “ejecutan las normas dictadas en ejercicio del poder de policía”, y su realización se encuentra a cargo del Poder Ejecutivo.¹

El poder de policía sirve para reglamentar y regular los derechos previstos en la Constitución, y la policía administrativa para armonizar las relaciones sociales y mantener

¹ Altamira Gigena, Julio Isidro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, 1º edición, Córdoba, 2005, p. 439

el orden público. La expresión que se utilizará para referirse a esta última, donde se pondrá la lupa administrativista, será *actividad de policía*.

III. Modelos de Estado

A continuación, se procede a hacer el recorrido histórico por los modelos de Estado que han imperado en Argentina. Dicho país sirve de ejemplo para visualizar la manera en que paulatinamente se modificó su institucionalidad, y cómo cada modelo estatal fue decisivo en la determinación del alcance de la actividad de policía -y su correspondiente impacto en la esfera de libertad individual de los administrados-.

III.A) Estado Liberal de Derecho

El Estado Liberal de Derecho floreció promediando el siglo XIX y llegó hasta las primeras dos décadas del siglo XX. Su principio rector fue la *primacía del individuo*; filosóficamente se favorecía la *libertad*, y jurídicamente la *autonomía de la voluntad*.

El (relativamente libre) mercado -como ámbito de intercambio de bienes y servicios- se encontraba en franca expansión, gracias a novedosas tecnologías y crecientes comunicaciones que entraban en escena con el advenimiento del Capitalismo. Los actores económicos eran considerados individuos independientes, capaces y responsables, y su prosperidad quedaba a su cargo.

La Constitución liberal no promovía el dirigismo económico ni sistemas impositivos confiscatorios, sino el comercio y libre ejercicio de industrias lícitas. Dentro de su esquema, la Administración Pública quedaba acotada a unas pocas funciones percibidas como esenciales.²

Explica Agustín Gordillo que “...el Estado sólo estaba llamado a asegurar la protección de la libertad y la seguridad” y que “sólo para el cumplimiento de tales finalidades podría usar su poder coaccionador y ordenador”.³ En este marco de Gobierno limitado, la actividad de policía administrativa se encargaba de *seguridad, salubridad y moralidad*

² No se sugiere en este punto que el Estado se reducía al mínimo estipulado por Robert Nozick, quedando “limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos (...)” y exclusión de vías coactivas; pero sí que distaba de padecer elefantiasis. Ver: Nozick, Robert; *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 7

³ Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, p. 209

públicas. Paralelamente, eran reconocidas y respetadas esferas de libertad y acción privada de los individuos, que no permanecían sujetas a regulación y ejecución coactivas por parte de la Administración.

No existía una ausencia total de previsiones administrativas. Se redactaban reglamentaciones básicas y se imponían regulaciones; pero la perspectiva central era de no traspasar las fronteras delineadas para el cumplimiento de los fines públicos.

Jurisprudencia de la época denota lo antedicho. En el fallo “Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán” de 1903, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fulminó como inconstitucional una ley reglamentaria provincial por imponer un gravamen adicional a la producción de azúcar, ya que afectaba los derechos a trabajar, ejercer toda industria lícita y comerciar, consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional argentina.⁴

III.B) Estado Social de Derecho

Con el paso del tiempo, el ideario ético del individualismo fue decayendo alrededor del mundo occidental frente a la tendencia rival, el *colectivismo*, y ello abrió las puertas para el ingreso de este último a las primeras planas. Como visión del mundo no era nueva; de hecho, había sido una constante histórica simplemente replegada por unos años a partir del Siglo XIX en ciertos lares receptivos a la individualidad. Lo que ahora traía consigo eran manifestaciones contemporáneas para contradecir el proyecto liberal.

El colectivismo consagraba filosóficamente la *primacía de la sociedad*, y jurídicamente la *intervención del Estado* en asuntos privados, económicos y civiles. En el plano político, la expresión del cambio en la cosmovisión se captó en el surgimiento del Estado de Bienestar (*Welfare State*), cuyo apogeo se dio en la segunda mitad del siglo XX, luego de las traumáticas manifestaciones totalitarias que envolvieron al mundo en la Segunda Guerra Mundial. Los hombres y mujeres habían demostrado ser capaces de crueldades inenarrables, y librados a su suerte experimentaban la opresión y la miseria. El impacto social y simbólico de las víctimas de enfrentamientos bélicos y genocidio tornaba perentorio el cambio de rostro del Estado. Hacía falta un cuidador que acompañara a toda la

⁴ “Hileret y otro c/ Provincia de Tucumán” - 5/9/1903- Fallos: 98:20

Link de consulta: [<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-hileret-otro-provincia-tucuman-fa03000276-1903-09-05/123456789-672-0003-0ots-eupmocsollaf?>].

población en todas las instancias. Un Estado bondadoso que no abandonara a sus ciudadanos; que los guiara, alimentara y educara; y que les garantizara la satisfacción de otras necesidades básicas como salud y refugio. Ahora bien, para que fuese la sociedad en su conjunto la beneficiaria, y no las mezquindades personales machacadas a la doctrina liberal, el individuo debía ceder ante el colectivo.

El Estado Liberal implicaba Estado de Derecho y Constitucionalismo: funciones limitadas y reconocimiento de derechos individuales. El Estado de Bienestar implicaba *Estado Social de Derecho* y *Constitucionalismo Social*: funciones expandidas y derechos colectivos. En aras de cumplir con ese propósito de enaltecimiento grupal por vías estatales, se requería manejo e influencia en esferas personales.

Como consecuencia jurídica lógica, los derechos individuales fueron profundamente regulados, incluso desvirtuados y en ocasiones dejados como directamente inoperantes; mientras en paralelo nacían, crecían y se multiplicaban los llamados derechos sociales o de segunda generación.

En Economía, la otrora respetada libertad de mercado fue obstruida por el dirigismo del Gobierno que planificaba a nivel *macro* el andar financiero del país y desalentaba las iniciativas individuales no concordantes con tal rumbo. A nivel *micro*, la libre contratación fue disminuida –cuando no abolida– por la persecución de los fines públicos estatales.

La experiencia argentina es un fiel reflejo de la transformación. Con el intervencionismo de la década del 20, el autoritarismo de la década del 30, y la consolidación de ambas corrientes en la década del 40, el modelo estatal liberal se debilitó. En algunos sectores fue completamente reemplazado; mientras que en otros sus pilares mantuvieron vigencia parcial, donde compartían lugar con doctrinas contrapuestas. De cara a la segunda mitad de siglo, el cambio fue rubricado a nivel constitucional.

Cambio que, obviamente, afectó la visión que se tenía de la actividad de policía administrativa. A la moralidad, salubridad y seguridad públicas, se incorporaron potestades reglamentarias en lo económico y social, tendientes a garantizar empleo, corregir “fallas del mercado” y evitar “abusos de los más poderosos sobre los menos favorecidos”. Como no podía ser de otra manera, la concepción dirigista afectó la propiedad privada y el libre ejercicio de industrias lícitas, y fue aprovechada por autoritarismos que imprimieron reformas destinadas a garantizarles un creciente poder político.

La jurisprudencia se hizo eco de la nueva concepción estatal. En el caso relativo al Cine Callao, el Congreso había dictado una ley para asegurar niveles de ocupación a

personas dedicadas a actividades artísticas; se le imponía al cine la obligación de agregar espectáculos en vivo; y la Dirección Nacional de Servicio de Empleo intimidaba a su cumplimiento bajo apercibimiento de sanción. Frente al recurso interpuesto por la Sociedad Anónima Cinematográfica que entendía como perjudiciales a los pronunciamientos previos, en 1960 la Corte Suprema de Justicia falló en su contra, reconociendo que el Estado tenía la potestad de actuar para contrarrestar “graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación (...)”.⁵

III.C) Estado Subsidiario

Adentrada la segunda mitad del siglo XX, los fracasos económicos, las violaciones de derechos, y el hartazgo político generados por el Estado Social de Derecho, llevaron a una nueva vuelta de timón. Surgió el Estado Subsidiario, que en algunos países como Argentina se afianzó en la década de 1990.

En el campo de la Filosofía, el Estado Subsidiario se ubicó a mitad de camino entre individualismo y colectivismo: reconocía los derechos individuales, y en simultáneo favorecía cierto grado redistributivo de riqueza.

En el campo jurídico, el punto medio se manifestaba mediante el *principio de subsidiariedad o suplencia*, del cual provenía el nombre del modelo estatal. Juan Carlos Cassagne lo describe de la siguiente manera: “...el Estado conserva ciertas funciones consideradas, en principio, indelegables e irrenunciables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores), que le son inherentes en virtud de la soberanía que traduce el bien común que mediante ellas persigue, al par que presta servicios públicos o realiza actividades en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ésta (...)”.⁶

En el campo económico, la subsidiariedad implicaba que el Estado intervendría donde no lo hicieran los privados (por no poder o no querer), o donde lo hicieran de manera ineficiente. La iniciativa privada había recuperado algo del lugar destacado otrora ostentado, pero el sistema no era asimilable al mercado completamente libre. De tal manera, los particulares ejercían mayores dosis de libertad económica, y encontraban facilidades en contrataciones menos reguladas; esferas que con el anterior modelo estatal habían pasado a la zona de estricto control de la autoridad. Aun así, el Estado no se desligaba

⁵ Cine Callao

Link de consulta: [http://www.cpacf.org.ar/files/fallos_historicos/jl_cine-callao.doc].

⁶ Cassagne, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, 7° edición actualizada, Buenos Aires, 1998, p. 71

por completo del quehacer económico, realizaba planificaciones financieras, y aun cuando privatizaba prestaciones de servicios lo hacía bajo ajustadas reglas so pretexto del beneficio de la comunidad.

La policía administrativa en este nuevo modelo estatal no se concebía como una actividad tan invasiva de la privacidad en comparación al Estado Social de Derecho, pero tampoco estaba limitada a las escuetas funciones reconocidas por el Estado Liberal de Derecho. Si bien -como ya se anticipó- el Estado no dominaba por completo la economía en base a dirigismo, tomaba participación en ella donde y cuando lo creía conveniente, a través de sociedades y entes estatales. Mediante acuerdos público-privados, incidía en actividades y rubros a su criterio importantes, y coprotagonizaba junto a particulares la prestación de servicios sociales, educativos y de índole previsional.

En definitiva, el Estado cumplía su autodenominado rol de equilibrio garantizando la libre concurrencia, evitando abusos por posiciones dominantes, e impulsando aquellas actividades que según su visión los particulares no podían hacer en modo efectivo.

Espejo de la situación fue el caso “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ley 22.262 -Comisión Nacional de Defensa de la Competencia- Secretaría de Comercio e Industria” resuelto por la Corte Suprema en 2002. El máximo tribunal confirmó la sentencia de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, la cual a su vez confirmaba una resolución de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, que le ordenaba a YPF el cese de abusos de posición dominante en el mercado de gas licuado de petróleo a granel, ya que esta mantenía en el mercado interno precios más elevados que los que se encontraban en el contexto internacional.⁷

III.D) Estado Populista

Ya en el siglo XXI, durante su primera década, se erigió el Estado Populista, cuya terminología demanda ciertas precisiones antes de empezar con su tratamiento.

En Ciencia Política, algunos autores como Ernesto Laclau conciben al *Populismo* como una lógica política;⁸ o bien estrategias y lineamientos discursivos para llegar al poder, ejercerlo y mantenerlo. Bajo tales ópticas, el Populismo no es identificable con

⁷ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ley 22.262 -Comisión Nacional de Defensa de la Competencia- Secretaría de Comercio e Industria. 02-07-2002 - Fallos: 325:1702

Link de consulta: [<https://ar.vlex.com/vid/-40085780>].

⁸ Laclau, Ernesto; *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p. 150

una ideología determinada o un único modelo estatal. Afiliados a distintas corrientes políticas pueden poner en práctica las lógicas y estrategias populistas. Entonces, la pregunta a responder se vuelve obvia: ¿por qué tratarlo aquí en calidad de modelo estatal?

La expresión “Estado Populista” se usará para hacer referencia al Estado que se moldeó a partir de la implementación de tales lógicas y estrategias. Un Estado que abandonó prácticas y limitaciones del Estado Subsidiario, volvió a expandirse como el Estado de Bienestar, y que en ciertos casos como el argentino exhibe características que no se observan en otros lares. De allí la importancia del componente populista.

En Argentina hubo Estado Social de Derecho con una Constitución de 1949 diseñada ideológicamente para atender sus necesidades. El Estado Populista se rige en los papeles por la Constitución reformada de 1994, aunque fácticamente actúa como si esta estuviese suspendida o derogada. El Estado Benefactor que esgrime el Populismo argentino en particular, y latinoamericano en general, no puede ser asimilado a modelos de bienestar presentes en Europa, como el de los países nórdicos. Allí el respeto por las libertades económicas y la propiedad privada es mucho mayor; no existen los problemas de pobreza estructural generados por la política que sí son moneda corriente en Latinoamérica; y las manifestaciones de violencia y corrupción que aparecen en esta última región son considerados procedimientos de rutina. Por todo ello, en estas líneas se concede al Populismo, sin negar la perspectiva que lo atiende como lógica política, un modelo estatal particular.

La concepción filosófica dominante en esta etapa ha sido nuevamente el colectivismo: la prioridad de *lo social* por encima de lo individual, de la *solidaridad* por encima del interés propio.

En lo jurídico ha predominado la invocación de necesidades públicas y fines estatales solidarios para justificar la invasión y restricción de lo individual y lo privado; y se han elevado los derechos sociales y el asistencialismo estatal en afectación de los derechos individuales.

En lo económico, la burocratización en grado sumo ha traído consigo un intervencionismo similar al del Estado Social de Derecho, y en algunos casos peor, porque las cacareadas “conquistas sociales” anteriores han servido como plataforma para que el Populismo salte a posteriores y más abarcadoras conquistas, lo que conlleva mayor intromisión en la sociedad civil.

En lo referido a la Administración, el sector público agigantado acompaña una actividad de policía administrativa invasiva y amenazante contra el sector privado, entre lo que se cuenta intervenciones de empresas y censuras a la prensa.

El fallo de la Corte Suprema en el caso “Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa” en 2013, a favor de la constitucionalidad de la Ley de Medios -que implicó una disputa entre el Gobierno y el multimédios más grande del país-, constituye un termómetro de la situación. La Corte afirmó que la ley es coherente con el derecho de los consumidores a la información y con la defensa de la competencia, y sostuvo que los “medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público y en la cultura, por lo que el interés del Estado en la regulación es incuestionable”; por lo tanto, en ese “contexto constitucional, es legítima una ley que fije límites generales a priori, porque de esa manera se favorece la libertad de expresión al impedir la concentración en el mercado”.⁹

IV. Conclusión

El Estado Liberal de Derecho fue el modelo más congruente y efectivo con los postulados de *limitación gubernamental* y *facultades administrativas no invasivas*. Todo lo que vino a partir de allí, en mayor o menor medida, a veces con tendencia al alza y a veces a la baja, fue crecimiento estatal.

El Estado Social de Derecho metió al Gobierno en la vida privada de las personas y recortó sus derechos individuales. Hubo dirigismo monetario, comercial, ideológico y educativo, y lo que antes valía por ser del individuo pasó a tener peso por su significación social. Con la comunidad como criterio determinante de lo legítimo y legal, lo individual indefectiblemente se resintió. Por ejemplo, la concepción individualista de la propiedad privada se reemplazó por la *función social de la propiedad*.

El Estado Subsidiario planteó la negociación entre *intervencionismo* y *no intervencionismo*. Se solucionaron problemas monetarios, y aumentó considerablemente la libertad económica; pero las zonas donde permaneció la regulación del Estado se deterioraron, las que se privatizaron se transformaron en mercados legalmente cautivos por impedimento gubernamental de libre competencia, y aquellas destinadas a la interacción

⁹ “Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Link de consulta: [<https://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar--la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>].

público-privada fueron utilizadas como antros de salvaguarda de la corrupción. El tironeo entre fuerzas opuestas, de libertad y estatismo, resultó favorable al lado que tenía algo para ganar del otro: los redistribuidores necesitan de los generadores de riqueza, y no al revés. Y si el Estado concede subsidios y privilegios para que alguien pueda producir a costa del resto sin competencia, este se beneficia de la regulación y no del mercado libre. Así las cosas, el Estado Subsidiario duró poco, y a pesar de haber hecho retroceder al Estado Benefactor, el piso de función estatal-administrativa quedó más alto que en el modelo liberal.

El Estado Populista llegó impulsado por el avance del estatismo y el colectivismo frente a las limitaciones republicanas y el individualismo, y nuevamente se impuso un *modelo plenamente regulador*, deseoso de llevar al paroxismo la intervención del Estado Social de Derecho. Prácticamente no hay ámbito de la experiencia humana que pueda pensarse sin reparar en regulaciones, reglamentaciones y planificaciones estatales de cualquier índole. Y el intervencionismo, en seguimiento de la lógica populista de enfrenamiento político y enardecimiento discursivo, se ha hecho más virulento.

Cada concepción filosófica ha dado lugar a un modelo estatal que se condice más con el individualismo o el colectivismo. Y dentro de cada modelo estatal se ha percibido una actividad de policía administrativa alineada. Mientras más grande y abarcador ha sido el Estado, más prerrogativas ha tenido la Administración Pública para cumplir con más objetivos.

La moraleja que enseña este recorrido histórico-administrativo es que cuando se abre la puerta de casa al intervencionismo estatal, entra un ventarrón que vuelve sumamente dificultoso el proceso de cerrarla de nuevo; y este trae consigo arañas que pronto se acomodan en el interior y empiezan a tejer sus redes. Ingresado como jugador el Estado expandible al tablero de determinados ámbitos, pone su impronta reguladora, y aunque luego se logren eventuales retrocesos en su intervención, su interés por regular en cierta medida ya se ha afincado, y no está dispuesto a retirarse. Ello grafica la afirmación validada por el economista Ludwig Von Mises: *intervención anterior genera intervención posterior*.¹⁰ Para paliar las consecuencias negativas de la primera intervención, el Estado –malacostumbrado a ser visto como un ente “perfecto” por las corrientes estatistas– no recula, y fomenta la segunda intervención, la cual tampoco será exitosa, ya que sigue siendo parte del problema y nunca podrá ser la solución. El drama recae en el hecho de

¹⁰ Citado en: Reisman, George; ¿Qué es el intervencionismo?, Centro Mises - Mises Hispano
Link de consulta: [<http://www.miseshispano.org/2016/02/que-es-el-intervencionismo/>].

que las intervenciones se van sucediendo una tras otra, armando un círculo vicioso que contribuye al ensanchamiento estatal-administrativo y consecuentemente al achicamiento de la esfera de actuación personal. Por predominancia del estatismo, opera la inversión de la premisa subsidiaria: lo primario es la voluntad del Estado, y lo supletorio es la voluntad del individuo.

Si lo que interesa es la recuperación de la libertad, la privacidad y la plena vigencia de los derechos individuales, ha de procurarse un retorno al Estado Liberal de Derecho, donde la actividad de policía administrativa se dedicaba a funciones de protección y mantenimiento del orden público, no de planificación de vidas y haciendas. Más aún: en lo posible, y aprendiendo de la experiencia histórica, ha de pujarse por mayores limitaciones al ente estatal. Queda a la vista que tal propósito no se logra en un entorno repleto de concesiones y compromisos con el intervencionismo gubernamental. Con modelo populista, o con rastros de sector público intervencionista, el Estado se alimenta a sí mismo para crecer.

La Constitución Nacional de Argentina de 1853, de corte liberal, preveía cinco Ministerios. En 2018, etapa del Desarrollismo donde se creía que el Estado Populista quedaría atrás por la derrota electoral de sus representantes en 2015, existían 21 Ministerios. Es decir, la configuración estatal posterior y supuestamente superadora del Populismo aun lucía enorme, y directamente gigante comparada con el modelo liberal original.

Para una actividad de policía administrativa razonable y limitada, sin multiplicación burocrática e intervencionismo indebido, necesariamente debe planificarse la reducción de Ministerios y la eliminación de Secretarías, Subsecretarías, Direcciones, y Unidades de Coordinación que no cumplen función importante alguna, que no están relacionadas a la protección de derechos individuales, y que riñen contra el buen trato al administrado.

En el duelo entre intervencionismo y no intervencionismo estatal en asuntos de libertad personal y económicos, viene triunfando el intervencionismo, en mayor o menor dosis, pero con sólida presencia al final del día. El cambio de tendencia en pro de la libertad es una tarea en primer lugar filosófica, luego jurídica. Logrado el cambio de ideas fundamentales, de ahí en adelante se percibirá el impacto jurídico, y más concretamente la repercusión en la actividad de policía administrativa.

Capítulo 2. Principio de Juridicidad como fundamento del Estado de Derecho

I. Introducción

En este capítulo se hará referencia a la importancia que reviste el Principio de Juridicidad; su aplicación en el marco del Estado de Derecho, y particularmente en la órbita del Derecho Administrativo.

El estudio de tal principio se torna necesario dado que el Estado, y por consiguiente la Administración Pública, exhiben un poder de actuación, y su respectivo ejercicio debe darse en correspondencia con la normatividad imperante.

La acción del Estado debe acreditar coherencia con su declarada finalidad; encuadrarse jurídicamente; y practicarse de manera acorde, tanto a las prerrogativas con las que se inviste al ente estatal, como a los derechos que les asiste a los particulares administrados.

Para todo ello, la Juridicidad provee un esquema de actuación palpable e integrador del ordenamiento legal.

II. Poder del Estado

El Dr. Germán Bidart Campos define al poder del Estado como la capacidad que este tiene para cumplir su fin.

Su análisis se afina en un triple enfoque: *valorativo*, alusivo al fin de justicia o bien común perseguido por el Estado; *real*, explicativo de la capacidad fáctica del Estado para hacer; y *normativo*, referente a la traducción en normas de las decisiones y programas del Estado para ejercer su poder y cumplir su fin.¹¹

¹¹ Bidart Campos, Germán J.; *Grupos de Presión y Factores de Poder*, Editorial A. Peña Lillo, Buenos Aires, 1961, p. 14-16

Ya sea por contemplación de la realidad presente, o por repasar los anales de la historia, se percibe que distintos tipos de Estado se comportan de distinta manera.

Mientras un Estado se preocupa por moverse al amparo de la estricta legalidad en consecución de sus objetivos, otro Estado comete adrede ilicitudes o incurre en desbordes para salirse con la suya -lo que no podría conseguir de respetar las normas por él mismo sancionadas-.

Mientras un Estado elige propósitos moralmente aprobables en relación a la justicia y adopta directrices en correspondencia, otro Estado apunta a finalidades deleznales -las cuales, en ocasiones, lo son tanto que no se declaran en público-, y se sumerge en actuaciones que no pasarían un test ético con un mínimo de seriedad.

Mientras un Estado se cuida de que exista una efectiva equivalencia entre lo buscado y los medios implementados, otro Estado desemboza todo su poderío sin reparar en gastos y perjuicios con tal de conseguir lo deseado.

En definitiva, todos esos Estados ejercen el poder, pero para disímiles propósitos, en base a distinta normativa, y con variado alcance. Para profundizar la distinción, compárense dos prototipos estatales opuestos: el Estado de Derecho y la Autocracia.

II.A) Estado de Derecho

El propio nombre del Estado de Derecho ya da cuenta de sus elementos constitutivos: un Estado, como ente soberano con poder sobre un territorio dado; y el Derecho, como ordenamiento jurídico válido en la jurisdicción, según el cual el Estado es regidor -en tanto lo sanciona- y a la vez regido -en tanto se somete a la propia normativa-.

Roberto Ruíz Díaz Labrano caracteriza al Estado de Derecho como “...aquél en el cual los gobernantes son electos por el procedimiento previsto con antelación en la ley y donde el sometimiento a la ley es el elemento distintivo y rasgo característico, la primacía de la ley se traduce en el principio fundamental de legalidad. Se sustenta además en el reconocimiento y protección constitucional de derechos fundamentales, y orgánicamente, en la división y equilibrio de poderes”.¹²

¹² Ruíz Díaz Labrano, Roberto; El Estado de Derecho. Algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia. En: M. E. Guimarães Teixeira Rocha, & Z. M. Callado Fadul Petersen (Edits.), *Coletânea de Estudos Jurídicos* (págs. 783-793). Brasília: Poder Judiciário Superior Tribunal Militar. 2008.

Link de consulta: [https://www.tprmercosur.org/es/docum/biblio/Ruiz_Diaz_Labrano_El_Estado_de_Derecho.pdf].

En el Estado de Derecho se plasma el famoso aforismo de la República como “imperio de leyes, no de hombres”,¹³ donde gobiernan las normas jurídicas y no los arbitrios personales de las autoridades; los individuos gozan de derechos inalienables legalmente protegidos, y el Estado no conoce otra manera de expresarse sino de acuerdo al régimen jurídico imperante.

Definido el Estado de Derecho, puede utilizarse la tríada analítica de Bidart Campos para examinarlo en todos los niveles.¹⁴

Desde lo valorativo, el Estado de Derecho se encamina al cumplimiento del fin “justicia” en la medida en que sienta reglas objetivas y reconoce derechos legislativamente; dirime conflictos de manera pacífica y adjudica derechos judicialmente; y mantiene el orden público y la organización administrativa ejecutivamente; todo ello actuando de acuerdo a principios morales respetuosos de los individuos.

En lo real, el Estado de Derecho actúa bajo la premisa de adecuación de medios disponibles a fines propuestos. Se abstiene de intervenir donde no le corresponde por tratarse de ámbitos privados, elige caminos que no sean innecesariamente nocivos para alcanzar metas, y se mantiene a rajatabla dentro de los márgenes de la ley.

Respecto de lo normativo, el Estado de Derecho presenta y respeta normas rectoras de su actuación, y se somete a reglas jurídicas transversales que impregnan todas sus expresiones de poder. Su texto jurídico estelar es la Constitución, la cual funciona como Ley Suprema del país, consagratoria de derechos y limitadora del poder político.

II.B) Autocracia

En la vereda de enfrente camina la Autocracia. También desde temprano su nombre aporta la sensación de que un gobernante está por encima de la ley, o que impone sus dictados sin sujeción alguna.

¹³ Adams, John; *Thoughts on government*. Compilado en: Adams, Charles Francis; *The Works of John Adams, Second President of the United States*, Vol. IV, Charles C. Little and James Brown, Boston, 1851, p. 194

¹⁴ Aclaración preventiva: se emplea el enfoque de acuerdo al entendimiento aquí adosado y al tema aquí tratado. Más allá de la presentación conceptual respetando las palabras originales del autor, la aplicación que del enfoque se hace en estas líneas podría no coincidir con su propio criterio.

Por lo tanto, a los fines de dejar a salvo la letra de Germán Bidart Campos y distinguirla de las ideas en este libro; pero a la vez reconociendo que en este punto no sería factible la elaboración de otro método sobre las mismas premisas ya que ello quitaría injustamente el mérito al mencionado autor de esbozar las bases empleadas; es que se identifica al creador metodológico, y luego se asume responsabilidad propia por su desarrollo y aplicación.

Según Carl J. Friedrich y Zbigniew K. Brzezinski: “En todos los regímenes autocráticos, la característica peculiar es que el gobernante no tiene que dar cuenta a nadie de lo que hace. Es él mismo (*autós*) quien empuña las riendas del poder (...), es autocracia cualquier sistema político en que los gobernantes están sometidos insuficientemente, o no están sometidos en absoluto, a normas legales anteriores (...)”.¹⁵

Salta a la vista que en supuestos autocráticos no se tiene delante un imperio de leyes, sino precisamente de hombres. Y no cualquier imperio, sino uno de imposiciones que lo diferencian del libre ejercicio de la voluntad de todos los particulares.

Al tener semejante margen de actuación, los gobernantes autocráticos no pueden hacer gala del respeto por la división de poderes republicana, ni de subordinación a la ley en sus actuaciones.

Resulta casi una obviedad señalar que, en los regímenes autocráticos, la Constitución (sea formal o material) no se entiende como una Carta de derechos limitativa del poder político, sino todo lo contrario: como luz verde para que la autoridad se imponga sin miramientos.

Ferdinand Lasalle aborda el tema en alusión al Absolutismo –noción pariente de la Autocracia-, y advierte sobre el *pseudoconstitucionalismo*:

El absolutismo otorga una Constitución en la que los derechos del pueblo y de sus representantes quedan reducidos a una porción mínima, privada además de toda garantía real (...). El absolutismo, al dar este paso, *disfrazándose de régimen constitucional*, avanza un gran trecho en la defensa de sus intereses y consolida su existencia por tiempo indefinido. (...) [El pseudoconstitucionalismo] consiste en hacer pasar por constitucional a un Estado que es, en realidad, un Estado absoluto (...).¹⁶

Mientras el esquema del Estado de Derecho manifiesta la intención de limitar el poder y la preocupación por someter la actuación de la autoridad a claras reglas preestablecidas, el esquema de la Autocracia se enfoca en asegurar las más amplias potestades al gobernante para que no halle obstáculos entorpecedores de sus decisiones.

¹⁵ Friedrich, Carl J.; Brzezinski, Zbigniew K.; *Dictadura totalitaria y Autocracia*, Ediciones Líbera, 2º edición, Buenos Aires, 1975, p. 21, 22

¹⁶ Lasalle, Fernando; *¿Qué es una constitución?*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1957, p. 65-67

III. Papel desempeñado por el Principio de Juridicidad

En repaso de lo visto, para Julio Rodolfo Comadira el Principio de Juridicidad expresa "...la exigencia de que todo el accionar de aquel se someta al ordenamiento jurídico considerado como un todo".¹⁷ Esto quiere decir que todas las acciones del Estado deben preverse en el ordenamiento jurídico y sujetarse a su regulación. O, lo que es lo mismo, toda manifestación de poder estatal debe encontrar respaldo en el Derecho.

Contando ya con una conceptualización del principio, se procede indagar qué papel cumple en los disímiles prototipos estatales.

III.A) En relación al Estado de Derecho

En el Estado de Derecho, el Principio de Juridicidad es fundante y se encuentra extensivamente presente a lo largo y ancho de la base competencial. Si así no fuera, el nombre le quedaría grande.

En la Constitución se consagran los derechos fundamentales, se acota la función del Gobierno para que no haya desbordes de poderes, y la totalidad de las leyes inferiores deben adecuarse a sus disposiciones so pena de ser tachadas de inconstitucionales. La Ley Suprema rige para todos –sea Gobierno o sociedad civil-, y le impone al Estado el compromiso jurídicamente obligatorio de ejercer su poder dentro del marco legal. Debido a ello, en el Estado de Derecho florecen instituciones saludables conducentes a la rendición de cuentas, desconcentración de poder, y protección de la autonomía individual.

Por último, en el Estado de Derecho el Principio de Juridicidad es entendido no solamente en su dimensión *legal*, sino también en su dimensión *axiológica*. Se procura que además de *legalidad*, exista *legitimidad* moral en la acción de Gobierno. Se sabe de sobra que la historia atestigua la justificación de atrocidades con la excusa de la legalidad; lo cual no hace más que fortalecer la premisa de que el contenido moral es esencial para que el Derecho tienda a la justicia objetiva.

III. En relación a la Autocracia

Si en el Estado de Derecho resulta fundante, en la Autocracia *-a contrario sensu-* el Principio de Juridicidad está descartado -o por lo menos restringido-, toda vez que el gobernante se coloca por encima de las leyes para hacer y deshacer a su antojo; o cumple

¹⁷ Comadira, Julio Rodolfo; El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger. En: El Derecho, N° 13.825, Año LIII, Buenos Aires, 2015

con mínimos e insuficientes requisitos legales que encauzan sus acciones sin que por ello se vea imposibilitado de imponer arbitrariedades. La Autocracia no tiene necesidad de justificar sus obras ante el público, pero sí de mantener o ampliar el poder que le permite ejecutarlas.

Como la tendencia de los autócratas es creerse poderosos para todo y sobre todos, sus regímenes adolecen de nula institucionalidad (las reglas son para el pueblo, no para ellos); o bien las instituciones surgidas son desagradables para la alternancia en el Gobierno –como presidencias ilimitadas- y hasta irrisorias de cara a los administrados –como Ministerios de la felicidad-.

En estos regímenes, la legalidad está divorciada de la legitimidad, y la normatividad no busca la moralidad objetiva. Lo que cuenta es el poder por el poder mismo, y no su ejercicio en búsqueda de justicia.

IV. La Juridicidad en el Derecho Administrativo

En lo que al Derecho Administrativo concierne, el Principio de Juridicidad regidor de la actividad de la Administración se garantiza mediante la teoría del acto administrativo.

Escribe Oscar Cuadros que “...tanto histórica cuanto contemporáneamente, la teoría del acto administrativo ha servido para delimitar el ejercicio de la función administrativa, demarcando fronteras de legalidad a la gestión del poder estatal por parte de la Administración pública”.¹⁸

Una formulación de dicha teoría que sea adecuada al marco del Estado de Derecho -para honrar su rol histórico y mantener vigente su importancia presente- debe tener en cuenta los elementos de los que el acto administrativo no puede prescindir. Estos son: *expresión de voluntad* de la Administración en consonancia con las normas que la rigen; *motivación* que indique la razón y justificación de la actuación en determinado sentido; *adecuación proporcional* entre medios y fines para conseguir resultados razonables; y *forma* que lo exteriorice de manera inequívoca a fines de ser conocido y comprendido por aquellos sobre los cuales repercutirán los efectos jurídicos generados.

¹⁸ Cuadros, Oscar A.; El acto administrativo como acto jurídico. En: *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Ediciones Especiales, Buenos Aires, 2009, p. 50

La definición clara de los elementos del acto administrativo, y su implementación práctica, fomentan la actuación limitada, transparente y ajustada a Derecho de la Administración Pública.

V. Conclusión

El Estado de Derecho es el modelo estatal deseable en tanto se busque gozar de derechos respetados, controlar el poder político limitado, y mantener una Administración jurídicamente encuadrada.

Valorativamente, el poder estatal debe ser delimitado y restringido para beneficio de la sociedad y el aseguramiento de la justicia. Fácticamente, las funciones estatales tienen que ejercerse en conformidad con el orden jurídico, siempre dentro de los bordes legales. Normativamente, las reglas deben ser fortalecedoras de la institucionalidad y anuladoras de la arbitrariedad. Caso contrario, el Estado no tendrá razón de ser moral; la legalidad consagrará contradictoriamente la ilegalidad; y los individuos, huérfanos de previsión y seguridad jurídica, quedarán a merced de los antojos de la Administración.

Para la consolidación del Estado de Derecho, el Principio de Juridicidad se constituye en fundamento esencial y resulta un aporte positivo en todos los planos de análisis mencionados. Funciona como garante de que la actuación estatal-administrativa se realice dentro de los carriles de lo permitido por la ley. Ello sin olvidar ni relegar los principios morales que deben impregnar a un ordenamiento jurídico para que -a la par de ser legal-sea legítimo, y tienda objetivamente a la realización de la justicia -en vez de procurar su destrucción axiológica-. Por ende, a fines de congraciarse con las exigencias del Estado de Derecho, ha de procurarse la aplicación sin cortapisas del Principio de Juridicidad, para toda actuación administrativa, en respeto de los elementos de la teoría del acto administrativo.

Escribía Norberto Bobbio:

A lo largo de toda la historia del pensamiento político encontramos una pregunta insistente: "¿Cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres?" (...).

... no tengo ningún empacho en decir que prefiero el gobierno de las leyes y no el de los hombres. (...) puedo concluir tranquilamente que la democracia es el gobierno de las leyes por excelencia. En el mismo momento en el que un régimen democrático pierde de vista este principio inspirador que le

es propio, cambia rápidamente en su contrario, en una de las tantas formas de gobierno autocrático, del que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos.¹⁹

El Estado de Derecho, ostentador de la sujeción a las normas y la seguridad jurídica, también está en condiciones de responder: “el mejor es el gobierno de las leyes”.²⁰ Para un programa liberal, la Autocracia no es opción.

¹⁹ Bobbio, Norberto; *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986, p. 120-136

²⁰ Dos cuestiones deben precisarse respecto del “gobierno de las leyes”, que ahorrarán malos entendidos.

Primero, en el seno del Liberalismo se discute si la Democracia es o no es la mejor forma de gobierno, y si sirve para algo más que el traspaso no violento del poder de unas manos hacia otras. Por lo tanto, bajo el entendimiento de que dicho debate existe y no se está zanjado, no deben asimilarse los conceptos de Estado de Derecho y Democracia.

En segundo lugar, y como se verá enseguida, el Liberalismo discute el origen y el impacto que causa la legislación en la vida ciudadana y las decisiones individuales. Por lo tanto, no debe establecerse una equivalencia entre la expresión “gobierno de leyes” y la práctica de gobernar mediante normas emanadas de legislaturas. En este contexto, la expresión ha de tomarse en sentido amplio -como el gobierno de normas abstractas y generales frente a las cuales los ciudadanos son iguales, en rechazo del gobierno de los antojos personales de los líderes políticos-; y no entenderse en sentido estricto -como el gobierno vía legislación sancionada por el Congreso o el Parlamento-.

Capítulo 3. Constitucionalismos y derechos

I. Introducción

Este capítulo abordará el paso desde el Constitucionalismo liberal originario hacia el posterior Constitucionalismo social, y sus consecuencias sobre los derechos individuales y los derechos sociales a nivel nacional.

Luego, se ampliará el panorama a una perspectiva global, y se analizará la manera en que ambas tendencias constitucionalistas influyeron en el desarrollo del Derecho Internacional, los tratados y pactos entre países.

Finalmente, se evaluarán sus proyecciones sobre el Derecho Administrativo.

II. Precisión filosófica

Escribió Ricardo Haro: “Siempre que analicemos un tópico vinculado a las ideas y a las instituciones políticas, lógicamente debemos tener presente o en su caso, desenrañar, cuál es el pensamiento y la vertebración filosóficos que las anima”.²¹ Ir al espíritu, la esencia, el fundamento mismo del objeto de estudio, es un requerimiento ineludible si se quiere explicarlo óptimamente.

En seguimiento de dicha tesitura, si ha de hablarse en profundidad de *derechos*, primero se impone definir desde la Filosofía lo que aquí se entiende cuando se alude a ellos.

Establece Ayn Rand: “Un "derecho" es un principio moral que define y confirma la libertad de acción de un hombre en un contexto social. Sólo existe un derecho fundamental (todos los demás son su consecuencia o sus corolarios): el derecho de un hombre a su propia vida”²².

²¹ Haro, Ricardo; El pensamiento de Juan Bautista Alberdi y el Derecho Público Provincial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2002, p. 2

Link de consulta: [<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/ar-talberdiyelderechopublico.pdf>].

²² Rand, Ayn; *La virtud del egoísmo*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2006, p. 135

Un derecho no se define como una ilimitada servidumbre que alguien impone sobre el resto para le sea proveído todo lo que necesita. Más bien, un derecho implica una posibilidad de actuación sin coerción para el logro de los propios fines; una invitación que el individuo se hace a sí mismo para obrar según su juicio y entendimiento en consecución de aquello que valora para su vida.

Precisada la terminología, se abre el camino para el desarrollo de las temáticas pertinentes.

III) Constitución y desarrollo a nivel nacional

En este apartado se tratará lo relativo al Constitucionalismo a nivel nacional, en consideración de la Constitución como Ley Suprema de cada país y organizadora del Estado y su sistema jurídico-político.

III.A) Carácter de la Constitución

La Constitución no se resume en un mero texto contenedor de normas jurídicas. Apreciada en profundidad, es el reflejo de los pensamientos, las creencias y las ideas circundantes en el país al momento de su fundación, o de sucesivas etapas transitadas que desembocan en reformas; y tiende a establecer derechos, obligaciones, garantías y limitaciones para una convivencia social acorde a su espíritu valorativo.

Analizar una Constitución más allá de la normatividad conlleva explorar su trasfondo cultural. En palabras de Peter Häberle:

Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de auto representación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.

“...la realidad jurídica de todo Estado Constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales. De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz cultura como sustantivo proviene del verbo latino *cultivare*) para que deven- gan auténtica Constitución.

“[La cultura constitucional es] la suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que al nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución”.²³

La “cultura constitucional” exige ciudadanía activa e institucionalidad pujante en cuanto al ejercicio de lo que la Carta Magna prescribe, y respeto efectivo -no simplemente declarativo- ante lo que proscribire.

Una Constitución teórica y prácticamente vigente, y culturalmente representativa de las ideas en boga, precisa de una sociedad dispuesta a asumirla, cumplirla y enaltecerla.

III.B) Supremacía constitucional

La Constitución funciona como Ley Suprema de la nación, lo cual significa que toda la normativa restante que hace al orden jurídico debe adecuarse y subordinarse a ella, no pudiendo contradecirla, atacarla o anularla.

Explica Allan Brewer-Carías: “La Constitución (...) en un Estado de derecho, en todo caso y por sobre todo tiene que ser dotada de supremacía en relación con cualquier otra norma jurídica o cualquier acto que emane del Estado, lo que implica que los actos del Parlamento y de absolutamente todos los demás órganos del Estado no pueden violar las normas de la Constitución, y los principios constitucionales que de ellos derivan”.²⁴

Solamente con rigidez en el cumplimiento del postulado y la subsanación de situaciones que atenten en su contra, puede decirse que una Constitución funciona como ley máxima y mantiene su imperio sobre todo lo demás que compone el ordenamiento jurídico del país.

²³ Häberle, Peter; *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción e introducción de Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000. Citado en: Hernández, Antonio María; La cultura de la Constitución en Argentina. En: *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)*, coord. por Inst. Iberoamericano Dº Constitucional, Asociación Peruana Dº Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Maestría en Derecho Constitucional, Vol. 1, Tomo 1, 2009, p. 607-626

Link de consulta: [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-cultura-de-la-constitucion-nacional/at_download/file].

²⁴ Brewer-Carías, Allan R.; La Justicia Constitucional como garantía de la Constitución. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela (coords.); *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de la UNAM, México, D.F., 2010, p. 29

Link de consulta: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/7.pdf>].

III.C) Origen liberal del Constitucionalismo

José Alberto Garrone escribe que el Constitucionalismo es “el proceso de institucionalización del poder mediante una Constitución (...)”.²⁵

El primero de ellos, denominado *Constitucionalismo liberal* por su procedencia filosófico-jurídica, surgió en los siglos XVIII y XIX. Martín Paolantonio lo describe de la siguiente manera:

El Estado constitucional —producto del constitucionalismo- se caracteriza por la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales. Esa limitación está dada, por un lado por el reconocimiento de ciertos derechos básicos en la parte llamada “dogmática” de la Constitución y por el otro por la división de poderes, la existencia de contralores recíprocos, la periodicidad de los encargados del gobierno, etcétera. Por eso es correcta la aseveración de Friedrich cuando dice que la función del derecho constitucional más que organizar el poder es limitarlo o restringirlo.

El constitucionalismo primitivo —no en sentido peyorativo sino cronológico- asume la forma del constitucionalismo liberal (...).²⁶

En resumidas cuentas, las notas principales del Constitucionalismo liberal son la limitación del poder del Estado y la exigencia de respeto por los derechos individuales.

El devenir filosófico-jurídico de los Estados Unidos de América puede tomarse como ejemplo paradigmático. Sus Padres Fundadores asentaron las ideas pilares tanto en los textos legales originarios de la República como en los artículos y ensayos publicados con la finalidad de lograr la ratificación de la Constitución.

La *Declaration of Independence* de 1776 exhibe con claridad los principios constitutivos:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad;

²⁵ Garrone, José Alberto; *Diccionario Manual Jurídico Abeledo Perrot*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 213

²⁶ Paolantonio, Martín E.; Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social. En: Lecciones y Ensayos, N° 47, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 201

que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.²⁷

A su vez, la Constitución de 1787 presenta valores y propósitos concordantes en el preámbulo: “NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América”.²⁸

En *The Federalist*, James Madison sostiene en sintonía: “La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía”.²⁹ Y también afirma que el propósito de sus investigaciones es poner a salvo los derechos privados y la forma de gobierno popular.³⁰

Otro caso ejemplar de Constitucionalismo liberal originario es el de la Argentina. La Constitución de la Confederación de 1853 consagró en el artículo 1 la forma republicana de gobierno, y reconoció en el artículo 14 el derecho a trabajar, comerciar y disponer de la propiedad.³¹

Juan Bautista Alberdi fue el prócer nacional en cuyas ideas abrevaron las fuentes filosófico-políticas de la Ley Suprema. Reivindicando al individualismo y al “egoísmo bien entendido”, Alberdi exclamó: “Por la naturaleza de las cosas, cada hombre tiene el

²⁷ Declaración de Independencia de Estados Unidos de América

Link de consulta: [<https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>].

²⁸ La Constitución de los Estados Unidos de América 1787

Link de consulta: [<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>].

²⁹ Madison, James; El Federalista XLVII. Estructura de Gobierno, 1788. En: Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John; *El Federalista*, Librodot.com, p. 188

Link de consulta: [<http://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>].

³⁰ Madison, James; El Federalista X, 1787. En: Hamilton...; *El Federalista*; op. cit., p. 49

³¹ Constitución de la Confederación Argentina, 1853

Link de consulta: [<https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Confederacion-Argentina-1853-.pdf>].

encargo providencial de su propio bienestar y progreso, porque nadie puede amar el engrandecimiento de otro como el suyo propio; no hay medio más poderoso y eficaz de hacer la grandeza del cuerpo social que dejar a cada uno de sus miembros individuales el cuidado y poder pleno de labrar su personal engrandecimiento”.³²

Confianza en la iniciativa individual descentralizada; protección de derechos básicos e inalienables respaldados moral y legalmente; demarcación del campo de acción del Gobierno y acotación a fronteras institucionalmente vigiladas; tales fueron los principios y las preocupaciones del Constitucionalismo liberal originario. Producción intelectual y jurídica que fue vista como insuficiente por la siguiente corriente constitucionalista.

III.D) Constitucionalismo social

El Constitucionalismo social se inauguró en el siglo XX, y se presentó como la superación ética y jurídica de su predecesor.

Mientras el Constitucionalismo liberal prestaba atención solamente a los derechos individuales, el Constitucionalismo social incorporaba al rango constitucional los derechos sociales.

De tal tendencia nació la pionera Constitución de México sancionada en 1917, cuya configuración jurídica demostraba la nueva intención de llevar al Estado más allá de los límites originariamente planeados por la tendencia liberal.

En el artículo 3, la Constitución mexicana estableció la enseñanza primaria gratuita en establecimientos oficiales; en el artículo 5 la “justa retribución” por trabajos personales; en el artículo 27 la propiedad originaria de la Nación de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional con derecho a transmitir el dominio a los particulares, y regulaciones sobre la propiedad privada; y en el artículo 123 –situado bajo el título “Del trabajo y de la previsión social”- las bases para la legislación laboral de “obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo” (incluyendo jornada máxima, día de descanso, salario mínimo, igual salario por igual trabajo, normativa para los patrones en las negociaciones, y consideraciones de utilidad social).³³

1880 ³² Alberdi, Juan Bautista; La Omnipotencia del Estado es la Negación de la Libertad Individual,

Link de consulta: [<https://www.panarchy.org/alberdi/estado.1880.html>].

³³ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917

Link de consulta: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>].

Filosóficamente, la nueva Constitución simbolizaba las alegadas conquistas de los trabajadores tras la *Revolución Mexicana*, la cual explotó con enfrentamientos armados en 1910.

Luego de este caso inspirador para los deseos expansionistas de la presencia del Estado, la ola de los derechos sociales llegó a la costa de más países.

En la Argentina, el Constitucionalismo social se juridificó con la Constitución de 1949 durante el gobierno de Juan Domingo Perón. Carlos Miguel Herrera repasa el clima que se vivía en los momentos previos, y cómo finalmente se sancionó:

Los primeros proyectos parlamentarios, que surgen en marzo de 1947, buscaban incorporar al art. 14 la nueva «Declaración de derechos del trabajador» que el general Perón había proclamado un mes antes, pero ya por entonces, la oposición política estimó que el eje de la propuesta era consolidar un nuevo modelo institucional de tipo autoritario, o al menos asegurar la reelección inmediata del presidente de la República, por entonces prohibida. (...) Siempre en un mismo plano formal, se objetaba asimismo que la citada ley 13.233 [de necesidad de reforma] no indicaba los artículos a modificarse, contentándose con declarar genéricamente que las reformas tendrían por fin «la mejor defensa de los derechos del pueblo y el bienestar de la Nación». Sin duda, el recurso a dichos conceptos («derechos», «bienestar», «pueblo») indicaban la orientación que se buscaba dar al texto constitucional.

Estas circunstancias marcaron de antemano el proceso constituyente que comienza a fines de enero de 1949. Por lo pronto, la principal fuerza política de izquierda, el Partido Socialista había decidido abstenerse de participar en la reforma, llamando a boicotear las elecciones de convencionales constituyentes de diciembre de 1948, ganadas ampliamente por el peronismo. Por su parte, la fuerza política que había alcanzado la minoría en dichos comicios, el radicalismo, retiró sus 49 convencionales poco después de iniciadas las deliberaciones de la Convención Constituyente, dejando a los representantes peronistas la elaboración del nuevo texto. Lo que sin duda facilitó la tarea: el 11 de marzo era aprobada la nueva constitución, que comenzó a regir poco después.³⁴

³⁴ Herrera, Carlos Miguel; En los orígenes del constitucionalismo social argentino: Discursos en torno a la Constitución de 1949. En: Historia Constitucional, n° 15, 2014, p. 393

Link de consulta: [<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/407>].

Bien se ha dicho que cuando a cierta palabra se le agrega un apellido, suele quedar deformada en su significación original, como sucede con el término *justicia* (indicativo de “dar a cada uno lo suyo”) desvirtuado por la expresión *justicia social* (indicativa de “sacarles a unos para darles a otros”).³⁵

A la Constitución de 1949 se la llamó informalmente “Constitución peronista”. El contenido reflejado en el apellido “peronista” deformó la idea filosófico-jurídica originaria de la Constitución -reemplazando al Liberalismo por el peronismo-, y desde cierta óptica, atacó al concepto mismo de Constitución -si se la entiende como una objetiva Carta de derechos ciudadanos y limitación al poder político, que no presta obediencia a los exclusivos intereses del Gobierno de turno-.³⁶

Ahora bien, ya que la Constitución iba a tener un apellido, lo menos que podía hacerse era elegir uno que se identificara correctamente con la ideología; y en este sentido, “peronista” era el apellido que encajaba a la perfección, puesto que la confección de la nueva Ley Suprema para el gobierno peronista había sido, como dice la expresión inglesa, *tailor-made* (hecha a medida).

Más que una reforma constitucional, lo de 1949 fue un *reemplazo ideológico*. La flamante Constitución agregó en el preámbulo que promovería la “cultura nacional” y

³⁵ Friedrich Hayek es un fuerte crítico de la conceptualización y el uso de *justicia social*. Andrew Lister recopila los embates del economista austríaco dirigidos a tal expresión:

“Hayek llamó a la idea de justicia social un “espejismo” (...), “fuego fatuo” (...), “fórmula vacía”, “estrictamente”, “necesariamente” y “enteramente” “vacía y sin sentido” (...); una frase que (...) “no tiene ningún significado”, un concepto vacío (...); “una creencia cuasirreligiosa sin contenido alguno” (...), “antropomorfismo primitivo” (...), “atavismo”, una “superstición” (...), como creer en brujas o la piedra filosofal (...), o un “encantamiento hueco” (...) “...que hace de los sentimientos los instrumentos de la destrucción de todos los valores de una civilización libre”(…), lo que lleva a “la destrucción del entorno indispensable en el que pueden florecer los valores morales tradicionales, a saber, la libertad personal” (...). La frase se había convertido en (...) una “insinuación deshonesta ... de mala reputación intelectual, la marca de la demagogia y el periodismo barato que los pensadores responsables deberían avergonzarse de usar porque, una vez que se reconoce su vacuidad, su uso es deshonesto” (...). ...llamó a la palabra “social” una “palabra evasiva” que se usa de manera confusa para calificar más de 160 sustantivos, desde contabilidad social hasta trabajo social. Hayek se refirió a la “justicia social” como “el peor uso de “social”, uno que “totalmente destruye” el significado de la palabra que califica, un “fraude semántico””.

Ver: Lister, Andrew; The ‘Mirage’ of Social Justice: Hayek Against (and For) Rawls, CSSJ Working Papers Series, SJ017, June 2011, Centre for the Study of Social Justice, University of Oxford.

Link de consulta: [https://www.politics.ox.ac.uk/materials/centres/social-justice/working-papers/SJ017_Lister_MirageofSocialJustice.pdf].

³⁶ En el caso del Constitucionalismo, decir “Constitucionalismo liberal” no es lo mismo que “agregar un apellido”, ya que la única función del término “liberal” es identificar el *origen filosófico-jurídico* del movimiento constitucional, y distinguirlo del posterior “Constitucionalismo social” que sí agrega el apellido “social” a una noción de existencia previa.

En un principio, “Constitucionalismo” era equivalente a decir hoy “Constitucionalismo liberal”. No se requería mencionar necesariamente lo “liberal” del movimiento, ya que la autoría de los liberales estaba clara, y el “Constitucionalismo social” todavía no nacía para disputar el alcance y significado del Constitucionalismo.

ratificó “la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”.³⁷ La concepción liberal de autorrealización, libre comercio y Gobierno escueto era sustituida por la concepción de organizaciones populares, redistribución de la riqueza, e intervencionismo estatal.

En el capítulo III se consagraron los “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, y de la educación y la cultura”. Los derechos del trabajador incluían, entre otros, el “derecho a trabajar” (que se le proveyera ocupación a quien la necesitara), “derecho a una retribución justa” (moral y material para satisfacer necesidades vitales), y “derecho al bienestar” (cuya expresión mínima era que el trabajador dispusiera de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, y pudiera gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales).

Para la familia, el Estado formaría la “unidad económica familiar”, y garantizaría “atención y asistencia de la madre y del niño”.

En cuanto a ancianidad, se garantizaban derechos a la vivienda, al cuidado de la salud física y moral, y al esparcimiento.

Respecto de la educación, el Estado se comprometía a crear las instituciones que guiarían a los jóvenes hacia las actividades para las que poseyeran “naturales aptitudes y capacidad”, con el fin de que la adecuada elección profesional redundara “en beneficio suyo y de la sociedad”. Las Universidades debían preparar a “la juventud para el cultivo de las ciencias al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de la Nación y para el ejercicio de las profesiones y de las artes técnicas en función del bien de la colectividad”, y asimismo encargarse de enseñar “la esencia de lo argentino” y la “misión histórica de la República Argentina”, con vistas a que los alumnos fueran conscientes de los fines que debían alcanzar de acuerdo a la ley.

En relación a ciencia y cultura, el Estado protegería su desarrollo y fomento, y se alegaba que su ejercicio era libre al tiempo que imponía “deberes sociales” a los artistas y hombres de ciencia. Las riquezas artísticas e históricas, y los paisajes naturales, cualquiera fuera su propietario, formaban parte del “patrimonio cultural de la Nación”, quedaban bajo tutela del Estado, y este último podía decretar las “expropiaciones necesarias para su defensa”.

³⁷ Constitución de la Nación Argentina de 1949
Link de consulta: [<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1571>].

En el capítulo IV se trató la “función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”. El Estado sometía la propiedad privada a regulaciones con “fines de bien común”; podía intervenir y distribuir el campo para desarrollarlo “en interés de la comunidad”; ponía al capital “al servicio de la economía nacional”; y fijaba la organización de la riqueza y su explotación para el “bienestar del pueblo argentino”.

En definitiva, la inclusión de los llamados “derechos de segunda generación” (complementarios y superadores de los de primera generación -derechos individuales-), más la nueva orientación social de la legalidad, modificaron para siempre la tradición constitucional argentina. Las directrices en pro del egoísmo e individualismo de Alberdi quedaron relegadas frente al colectivismo con elementos fascistas y socialistas del modelo peronista.

Incluso cuando la Constitución de 1949 perdió vigencia (tras la proclama de la Revolución Libertadora en 1956 que la excluyó y reestableció la Constitución de 1853 y sus modificaciones de 1860, 1866 y 1898 -a cuyo texto el Gobierno provisional ajustaría su acción en tanto y en cuanto no se opusiera “a los fines de la Revolución”-), el instrumento peronista dejó su impronta, y el Constitucionalismo social quedó albergado en la consideración de la cultura constitucional de la Nación. Por eso no tardó en aparecer el artículo 14 bis, que mediante la reforma de 1957 incorporó Constitucionalismo social al viejo texto de 1853. De esta manera, se agregaron derechos sociales como la protección contra el despido arbitrario, estabilidad para el empleado público, salario mínimo vital y móvil, vacaciones remuneradas, y las bases para un sistema de seguridad social.

Como resulta cristalino tras la lectura de la Constitución vigente, y palpable mediante la evaluación jurídico-política de la actualidad, el Constitucionalismo social que caló hondo hace décadas no ha dejado de tener peso en el acervo legal de la Nación y de las Provincias (las cuales adaptaron sus Cartas locales en seguimiento de la tendencia).

IV) La influencia de los Constitucionalismos en los instrumentos y organizaciones internacionales

En este apartado se continúa explorando el impacto del Constitucionalismo liberal y el Constitucionalismo social en el mundo jurídico, ahora a nivel internacional.

IV.A) El contexto durante el siglo XX

Como ya se vio en el capítulo sobre modelos estatales, al finalizar la Segunda Guerra Mundial en 1945 la humanidad se miraba de manera crítica en el espejo, luego de los horrores genocidas, masacres multitudinarias, crímenes hasta el momento sin nombre, vejaciones, torturas y esclavitud.

Con el propósito de evitar la reiteración de enfrentamientos que menoscababan la dignidad humana, un conjunto de naciones acordaron el establecimiento de ciertas pautas y el reconocimiento de inviolables derechos que resignificaran la persona y su valor. El período de posguerra debía ser de pacificación, reconstrucción y universalidad, lo que implicaba lógicamente alejarse del belicismo y la sumisión pregonados por los nacionalismos totalitarios (como el Nacionalsocialismo y el Fascismo). Ahora bien, lo planeado sucedió parcialmente, y el proceso fue manchado durante el camino por tres motivos.

Primero, el mundo permaneció en tensión por la polarización de la Guerra Fría entre Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Si bien por magnitud e incumbencia ninguna volvió a ser catalogada como “mundial”, las guerras continuaron y la miseria se esparció en distintos continentes.

Segundo, hubo un Totalitarismo que sobrevivió a la Segunda Guerra; más aún, salió fortalecido, y se le reconoció voz cantante en el concierto de las naciones: el Comunismo soviético.

Y tercero, las posiciones del Constitucionalismo social que ahogaban la libertad individual y subordinaban el interés propio a la voz de mando de la jefatura de la comunidad, ejercieron notoria influencia en el devenir del Derecho Internacional que intentaba ordenar al mundo de posguerra; por ende, los terrenos jurídicos no siempre resultaron fecundos para el espíritu liberal originario.

Aunque el gran conflicto bélico mencionado *ut supra* significó un punto de quiebre a partir del cual se intensificó la visión social, se pecaría de incompletitud analítica si se encarara la cuestión únicamente concentrándose en la segunda mitad del siglo XX. Por ello, además de la evolución del Constitucionalismo social aludida en secciones anteriores, resulta pertinente señalar que, durante la primera mitad de siglo, la institucionalidad internacional también se vio empapada de esta concepción colectivista.

Testimonio de lo dicho es el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 (dos años después de la sanción de la Constitución social de México, y el mismo año de aparición de la Constitución social de Weimar en Alemania). Este internacionalismo laboral, afincado en el precedente de la Asociación Internacional para

la Protección Internacional de los Trabajadores establecida en Basilea en 1901,³⁸ surgió tras negociaciones que incluyeron representantes de Gobiernos, sindicatos y empleadores. En el preámbulo de su Constitución puede leerse:

Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado (...);

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:

Las Altas Partes Contratantes (...) convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.³⁹

El impulso brindado a la justicia social como valor cardinal, y la instrumentación del Constitucionalismo social como vehículo político-jurídico para plasmarlo, fueron originando las nuevas instituciones, o tiñendo de su color a otras ya existentes. Ya fuera por reclamos laborales con pretensiones universalistas ante la identificación de necesidades comunes en distintas partes del planeta, o por el trazado de lineamientos para ahuyentar los fantasmas de las contiendas que habían decretado la muerte de millones de personas, el enfoque del Derecho Internacional y el fomento de entidades supranacionales uniformadoras y homogeneizadoras de principios elementales se fue imponiendo.

³⁸ Orígenes e Historia – Organización Internacional del Trabajo

Link de consulta: [<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>].

³⁹ Constitución de la OIT

Link de consulta: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO].

El 24 de octubre de 1945 nació oficialmente la Organización de las Naciones Unidas (ONU),⁴⁰ y con ella se plasmó la incesante redacción de documentación sobre derechos humanos, derechos de segunda y tercera generación, y variada normativa internacional sobre incontables aspectos que antes eran dejados al mercado y la privacidad.

IV.B) Declaraciones y Pactos internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue sancionada por la Asamblea General de la ONU en 1948.⁴¹ Su letra es prueba palmaria de que importantes concepciones liberales atraviesan el cuerpo del instrumento en una primera parte: libre circulación (art. 13), derecho de propiedad (art. 17), libertad de pensamiento (art. 18), libertad de opinión y expresión (art. 19), libertad de asociación (art. 20).

Ahora bien, como es un texto híbrido (debido a la coexistencia de diversas corrientes de pensamiento y la pluralidad de culturas participantes en su auspicio), también resulta innegable la participación ideológica del Constitucionalismo social en la segunda parte: reconocimiento del derecho a la seguridad social y a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22), derechos sociales laborales (art. 23), derecho al nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar, a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, y a seguros en caso de pérdida de medios de subsistencia (art. 25), derecho a la educación gratuita (art. 26), y deberes respecto de la comunidad (art. 29).

Las décadas posteriores a la Declaración atestiguan el choque de concepciones filosófico-doctrinarias entre el bloque de países occidentales y el de países orientales. Unos ponían el acento en los derechos de primera generación y otros en los derechos de segunda generación. Esto demostraba -ahora en el ámbito internacional- la puja todavía vigente entre Constitucionalismo y Constitucionalismo social, y las negociaciones y discusiones tendientes a instalar sus posiciones en la agenda. Tal situación derivó en la aparición de dos pactos internacionales, cuya necesidad se discutió en Naciones Unidas en la

⁴⁰ En dicha fecha la Carta de las Naciones Unidas fue ratificada por la mayoría de los países firmantes. El texto se había suscripto previamente el 26 de junio de 1945. La expresión “Naciones Unidas” es incluso anterior a ambos sucesos: Franklin Roosevelt, en calidad de Presidente de los Estados Unidos de América, la utilizó por primera vez el 1 de enero de 1942, cuando naciones comprometidas en luchar contra los países que conformaban el Eje durante la Segunda Guerra Mundial firmaron la “Declaración de las Naciones Unidas”.

Chequear: Historia de las Naciones Unidas

Link de consulta: [<http://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/index.html>].

⁴¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos

Link de consulta: [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].

década de 1950, su adopción se produjo en la década de 1960, y su entrada en vigor en la década de 1970.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), nacieron el 16 de diciembre de 1966, y entraron en vigor el 23 de marzo y el 3 de enero de 1976 respectivamente. Ambos exhiben el mismo preámbulo e idéntico artículo inicial. Las diferencias se proyectan en el contenido restante, lo que a su vez se traduce en disímil terminología. Afirma Daniel Cerqueira: “Mientras el lenguaje del PIDCP es similar al de las declaraciones de derecho promulgadas tras las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX (toda persona tiene derecho a...), el PIDESC se basa en el reconocimiento estatal sobre ciertos derechos (los Estados parte reconocen el derecho de toda persona a...)”.⁴²

En el PIDCP, en su Parte III, figuran el derecho a la vida (art. 6), libertad y seguridad personales (art. 9), libre circulación (art. 12), debido proceso (art. 14), libertad de pensamiento (art. 18), entre otros.⁴³ En el PIDESC, en la Parte III, los Estados Parte reconocen el derecho a trabajar (art. 6), condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), seguridad social (art. 9), nivel de vida adecuado y mejoramiento continuo en las condiciones de existencia (art. 11), salud física y mental (art. 12), educación (art. 13), y más.⁴⁴

Desde los tiempos de sanción de los pactos hasta los días que corren, la ONU ha seguido creciendo hacia el lado del intervencionismo y la regulación. En su Consejo Económico y Social (ECOSOC) funcionan comisiones orgánicas de Desarrollo Social, Condición Jurídica y Social de la Mujer, y demás. En las comisiones regionales destaca la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que se ha caracterizado por sus recetas y asesoramientos de intervención estatal en la economía. Y dentro de sus organismos especializados, funciona la ya mencionada OIT. A su vez, la Asamblea General cuenta entre sus iniciativas con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y

⁴² Cerqueira, Daniel; Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Antecedentes históricos, fundamento legal y suposiciones equivocadas

Link de consulta: [<http://asuntosdelsur.org/opinion/derechos-economicos-sociales-y-culturales-antecedentes-historicos-fundamento-legal-y-suposiciones-equivocadas>].

⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Link de consulta: [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

⁴⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Link de consulta: [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>].

el Empoderamiento de las Mujeres. Los aspectos sociales, económicos, laborales, ambientales y de género, están cubiertos por las directrices, reglamentaciones, consultorías y planificaciones de las Naciones Unidas.⁴⁵

A esta altura es conveniente una observación. Si bien el mundo jurídico es espectador de un enfrentamiento entre concepciones, no se constata una pureza absoluta en ambos campos; más bien, cada uno ha realizado un proceso de absorción de elementos del otro.

Dentro del bloque oriental, donde estaba representado el Totalitarismo soviético y sus satélites, no se reconocía el debido proceso ni un creíble y extenso derecho a la libertad. Circunstancia que fue cambiando con la finalización de la Guerra Fría, la caída del Muro de Berlín, y la disolución de la Unión Soviética. Hoy en día, algunos de esos países cuentan con mayores grados de libertad que durante la época soviética (el caso de Estonia), y mejores procesos judiciales con garantías de defensa en juicio (el caso de la Alemania unificada después de la experiencia en Alemania oriental); elementos originariamente liberales que se han asentado en culturas jurídicas otrora hostiles.

A su vez, en Occidente no solamente nació el Constitucionalismo liberal, sino también el Constitucionalismo social, y en diversos países han proliferado regulaciones repudiadas a los ojos del sistema liberal, que se condicen más con políticas socialistas, progresistas y socialdemócratas (los casos de Argentina y Chile en Sudamérica).

En el plano de la ONU, si bien se mantienen ciertas bases liberales en algunos documentos y declaraciones, la creciente tendencia regulatoria sigue los pasos del Constitucionalismo social. Formalmente se reconocen los derechos a la vida, libertad y propiedad (no se propone abiertamente el genocidio, la esclavitud y la expropiación a mansalva),⁴⁶ pero fácticamente los derechos individuales quedan minimizados cuando se ponen en práctica hojas y hojas, kilos y kilos de legislaciones y regulaciones sustentadoras del Estado interventor, director y aspirante a omnipresente.

En el cuadro total vemos valores liberales que pelean por mantenerse a flote en aguas convulsionadas, y abundantes producciones jurídicas afines al Constitucionalismo

⁴⁵ El sistema de las Naciones Unidas

Link de consulta: [http://www.un.org/es/aboutun/structure/pdf/unchart_11x17_sp_color.pdf].

⁴⁶ Es el caso de los países más civilizados, o incluso de aquellos que detentando un gobierno tiránico saben lavarse la cara antes de presentarse frente al mundo (donde cuentan con amigable complicidad).

Otros Estados que son manejados con verborragia disimulan menos, y sus para nada sutiles expresiones con miras al genocidio y la expropiación patentan su verdadera intención, como son los casos de Irán y Venezuela respectivamente.

social que van ganando la pulseada en relación al tamaño del Estado que hace falta para sostener sus pretensiones.

V) Constitucionalismos y Derecho Administrativo

En el capítulo relativo a modelos estatales se observaron las modificaciones del Derecho Administrativo en respuesta a los diferentes diseños del Estado. Sucede lo mismo aquí. Según sea el Constitucionalismo predominante, que otorgue mayores o menores poderes al Estado para la consecución de sus finalidades, el Derecho prevé una Administración Pública más o menos abarcadora.

El Constitucionalismo liberal tiende a afianzar un proyecto como el de Thomas Jefferson: “Un gobierno sabio y frugal, que impida a los hombres lastimarse unos a otros, los dejará libres para regular sus propias actividades de industria y mejoramiento, y no tomará de la boca del trabajo el pan que se ha ganado”.⁴⁷

La consecuente Administración Pública tiene que erguirse como protectora de los derechos individuales, lo que conlleva ser disciplinada con las cuentas, no derrochar ni hacer culto al gasto público, no imponer regulaciones entorpecedoras ni prohibitivas del comercio, dirimir los conflictos sobre los que deba conocer, y garantizar la seguridad de los administrados.

El Constitucionalismo social, en palabras de Hernán Salgado Pesantes, “está determinado por la naturaleza de los derechos sobre los cuales reposa, aquellos derechos que siendo complemento indispensable de los derechos civiles y políticos tienen que ver con el amplio mundo del trabajo y de la previsión social, con los derechos de la familia y con las exigencias vitales de la comunidad política”, y entre ellos menciona “salarios justos, educación salud, vivienda, acceso a los servicios públicos, fusión social de la propiedad, y mucho más”.⁴⁸

La Administración Pública que sigue el modelo social prioriza los derechos económicos y sociales, ya que para hacerlos efectivos debe ejecutar prestaciones e imponer

⁴⁷ Jefferson, Thomas; III. First Inaugural Address, 4 March 1801

Link de consulta: [<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-33-02-0116-0004>].

⁴⁸ Salgado Pesantes, Hernán; El constitucionalismo social y sus garantías. Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en Ecuador. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Flores Pantoja, Rogelio; *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2017, p. 850

Link de consulta: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/37.pdf>].

cargas sobre el ejercicio de las libertades individuales; recauda más impuestos e incurre en mayores erogaciones públicas para mantener el aparato asistencialista; regula las actividades económicas so pretexto de evitar monopolios y garantizar igualdad de oportunidades; y en incontables ocasiones se ha visto cómo pone en vilo la seguridad ciudadana al aliarse con grupos de choque que forman parte de su estructura clientelar.

Los Constitucionalismos distintos llevan por caminos distintos, y los resultados del Derecho Administrativo que vaya por uno u otro camino serán Administraciones Públicas de naturaleza distinta. Se priorizará la libertad individual o la igualdad social, la propiedad privada o la función social del capital, el comercio o la regulación burocrática.

VI) Conclusiones

En base a lo expuesto, llega el turno de sostener las conclusiones pertinentes respecto de los Constitucionalismos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, así como de sus repercusiones sobre el terreno administrativo.

VI.A) La vuelta a las raíces constitucionales

Suena a paradoja, pero para avanzar hay que retroceder. Avanzar como civilización implica retroceder en coerción. Avanzar en la dirección jurídica correcta es retroceder en la dirección del estatismo. Esto es: retroceder del supuesto progreso del Constitucionalismo social, para avanzar de nuevo con el supuestamente incompleto Constitucionalismo liberal originario.

El sentido original de las Cartas constitucionales es la limitación del poder, no su expansión más allá de los confines inviolables del individuo; el reconocimiento de derechos individuales, no la imposición de obligaciones y regulaciones redistributivas para financiar derechos sociales. Con el Estado ajustado a funciones básicas y no invasivas, se preserva la libertad de la sociedad civil -de cada particular-; los derechos individuales pueden ejercerse en un ambiente pacífico -de acuerdo a las autonomías personales-; y se posibilita el buen funcionamiento del mercado -los intercambios voluntarios entre particulares-.

El Constitucionalismo social es una violación a los postulados del Constitucionalismo liberal. No es una propuesta “superadora” y “avanzada” que sirve como “complemento” e incluye previsiones “necesarias” de las que se debe encargar un “Estado pre-

sente”. Impone colectivismo, estatismo y deberes atentatorios contra la libertad individual. El Estado reconoce multiplicidad de derechos sociales, lo que acrecienta su margen de actuación para poder vigilar su cumplimiento, e impone deberes redistributivos sobre los particulares que ven resignadas sus autonomías.

No es casualidad que una dictadura en Alemania haya tenido como preludeo al Constitucionalismo social, ni que una dictadura en Venezuela se postule a sí misma como ejemplo en seguir ese direccionamiento. Verdad es que no todos los Constitucionalismos sociales han derivado en dictaduras; pero también verdad es que le han abierto las puertas al autoritarismo político e intervencionismo económico.

En todo caso, ha sido el Constitucionalismo liberal el encargado de resistir contra la pretensión estatal de acumular cada vez más prerrogativas, competencias y facultades. Y si bien han existido dispares resultados para los cuales deben considerarse múltiples variables -el sistema, la cultura política del país, el carácter de los funcionarios y operadores del sistema, el interés ciudadano por mantenerlo, entre otras-, de por sí la propuesta no empieza exclamando que el ente estatal debe inmiscuirse cada vez más en los asuntos privados de los individuos para conseguir mejores resultados.

Un imperativo de la teoría jurídica liberal tiene que ser redescubrir las raíces constitucionales, volver a sus enseñanzas, pulirlas, y mejorarlas.

VI.B) La proyección en el Derecho Internacional

En una época de presencia creciente de los organismos internacionales, celebraciones de tratados y acuerdos entre países por su intermedio, y adaptación de las soberanías nacionales a iniciativas mundiales, la idea individualista no puede quedarse afuera.

Son sus principios liberales básicos sobre la naturaleza de los individuos y las relaciones voluntarias los que, proyectados al concierto de las Naciones, permiten la paz y el comercio globalizado.

Por ende, la corriente liberal individualista haría honor a su trayectoria si reclamara el lugar que le pertenece, y empezara nuevamente a moldear el Derecho Internacional, para ponerlo al servicio y no al mando de la gente.

Mediante una sólida concepción liberal, se podrá pujar para que el Derecho Internacional sea una herramienta útil de reconocimiento y respeto de derechos individuales, y no una plataforma de expansión estatal desmedida.

Los pactos internacionales mejorarán en la medida en que mejore el nivel de respeto por aquello que el Constitucionalismo liberal tan afanosamente legó.

VI.C) Derecho Administrativo compatible con el Constitucionalismo liberal

Por la primacía y subordinación constitucional, El Derecho Administrativo ha de seguir los lineamientos del Derecho Constitucional, y la Administración Pública los de la Constitución.

Para el caso de adopción del Constitucionalismo liberal, el Derecho Administrativo -a efectos de resultar compatible con sus previsiones- debe postular una Administración Pública de poder limitado y respetuosa de los derechos de los administrados.

El Liberalismo, a nivel constitucional, propone un Poder Ejecutivo no tiránico, un Poder Legislativo cuyas leyes no deben obliterar los derechos y garantías, un Poder Judicial independiente e imparcial, y división y equilibrio entre los tres Poderes. A nivel administrativo, el Derecho de tinte liberal debe diseñar una Administración objetiva, cuyas acciones ejecutivas no se extralimiten, sus organismos y reglamentos faciliten y no entorpezcan el ejercicio de derechos individuales, su mantenimiento del orden público brinde seguridad y no abuse de la coerción, sus resoluciones no incurran en arbitrariedades, y sus planificaciones no postulen un bien común perjudicial para los bienes particulares.

Capítulo 4. El Consejo de Estado francés y el debate en el Derecho Administrativo

I. Introducción

En este capítulo se analizará un instituto bisagra en la historia del Derecho, y más concretamente, del Derecho Administrativo: el *Conseil d'État* (Consejo de Estado) nacido en Francia.

Llamar bisagra al Consejo de Estado refiere no solamente a la importancia que revistió como órgano público en la teoría jurídica francesa; sino a la huella que ha marcado en la historia del Derecho continental (esparcida a su vez a otros lares), y a su inescindible ubicación en los inicios del Derecho Administrativo como particular objeto de estudio.

Además, cuando se habla del Consejo de Estado francés no se habla simplemente de historia pasada. El contenido incluye evoluciones centenarias e influencia en la actualidad. En palabras de Franck Moderne, una reconocida característica de la jurisdicción administrativa francesa es “el pragmatismo: la capacidad y la voluntad de adaptación a la evolución económica, política y social del país, en la obra siempre reiniciada del control del poder y de sus abusos. Es también lo que permitió al Consejo de Estado sortear todas las crisis políticas, aun las mayores crisis, sin perjuicios irreparables”.⁴⁹

De tal forma, el tratamiento del Consejo de Estado francés merece su espacio en los manuales y tratados del Derecho Administrativo. En las líneas que siguen la concentración se pondrá en algunos puntos fundamentales que hacen a su consistencia, y los debates administrativistas que giran a su alrededor.

⁴⁹ Moderne, Franck; Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia. En: *La Revue administrative*, 52e Année, No. 9, Numero special 9: Histoire et perspectives de la juridiction administrative en France et en Amérique latine (1999), pp. 23-30

II. Historia

En este apartado se efectuará un recorrido histórico en aras de explorar los orígenes del Derecho Administrativo como rama jurídica autónoma, la tendencia en la concepción administrativista consagrada a partir de la Revolución Francesa, y el Consejo de Estado como institución fundamental.

II.A) Orígenes del Derecho Administrativo

Según Libardo Rodríguez Rodríguez, la fuente próxima del Derecho Administrativo se ubica en la Filosofía triunfante en la Revolución Francesa de 1789:

...el concepto de *Estado de derecho*, que constituyó uno de los principios rectores de esa Revolución fue, a su vez, el punto de partida de esa rama del derecho. En efecto, si el Estado de derecho traduce, básicamente, la concepción de que las normas jurídicas son obligatorias no sólo para los gobernados o súbditos de un Estado, sino para los gobernantes del mismo, ello quiere decir que las diferentes actividades del Estado, entre ellas la administrativa, estarán sometidas a unas reglas jurídicas”.⁵⁰

Aun así, el hecho de que los gobernantes pasen a regirse por reglas en vez de situarse por encima de las mismas, no conlleva un nacimiento automático del Derecho Administrativo como rama jurídica autónoma:

...no debe perderse de vista desde un comienzo, que el sometimiento de las autoridades a unas normas jurídicas no implica necesariamente la aparición y existencia del derecho administrativo pues, como lo ha mostrado la evolución histórica, para que pueda afirmarse la existencia de esa rama del derecho en un Estado determinado, se requiere que esas normas constituyan un cuerpo especial y diferente de las que regulan la actividad de los gobernados, es decir, de los llamados “*particulares*”.

Lo anterior se traduce en que la concepción del Estado de derecho, a pesar de ser la fuente del derecho administrativo, como lo hemos afirmado, no implica necesariamente la existencia de esa rama jurídica, pues pueden existir,

⁵⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo; La explicación histórica del Derecho Administrativo. En: Cienfuegos Salgado, David; López Olvera, Miguel Alejandro (Coord.); *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Tomo I: Derecho administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 295

Link de consulta: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>].

como de hecho existen en los Estados que conforman la comunidad internacional, unos en los cuales se reconoce claramente esa existencia, mientras que otros son reticentes a ese reconocimiento.⁵¹

Autores que analizan diferentes criterios aplicados en distintas partes del mundo, enarbolan una clasificación entre quienes parecieran reconocer autonomía al Derecho Administrativo y quienes parecieran no hacerlo:

A este respecto, son diversas las clasificaciones que se hacen, aunque con mucha dificultad, para diferenciar los países en los cuales se afirma y reconoce claramente la existencia de un derecho administrativo, como conjunto sistemático y ordenado de normas especiales que regulan la administración del Estado, diferentes de las que rigen para los particulares, de aquellos que parecen no reconocer la existencia de ese derecho, en cuanto tienen como principio la aplicación del mismo régimen jurídico a la actividad tanto de los particulares como de la administración.⁵²

En lo que coinciden muchos estudiosos de la historia jurídica, es que la autonomía y particularidad del Derecho Administrativo es producto de lo acontecido en tierras francesas, y las motivaciones se encuentran no solamente en el reconocimiento de reglas sujetadoras de la acción de la Administración, sino en los contradictorios intentos revolucionarios de impedir que los jueces pudieran controlar y bloquear tales acciones si así lo estimaban adecuado:

...el derecho administrativo, como rama especializada del derecho, es una concepción y creación del derecho francés, originado en la Revolución Francesa de 1789 y producto de una evolución progresiva que fue consolidando dicha concepción.

La formación de ese conjunto especial de normas jurídicas para la administración del Estado, diferentes de las que regulan la actividad de los particulares, se vio estimulada por un hecho histórico muy particular producido con el triunfo de la Revolución Francesa, consistente en que los hombres de la revolución tuvieron un especial temor frente a los jueces por cuanto en la etapa previa a la revolución los administradores de justicia de la época se habían convertido en un obstáculo para la aplicación de las políticas del rey,

⁵¹ Ibidem

⁵² Ibidem; p. 296

cuando estaban en desacuerdo con ellas, por lo cual temían que los jueces de la época posrevolucionaria aplicaran la misma estrategia cuando estuvieran en desacuerdo con las decisiones de los nuevos gobernantes. Para enfrentar ese temor adoptaron una decisión contradictoria con la filosofía revolucionaria, consistente en prohibir a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la administración, con lo cual en la práctica esta última quedaba sin control, situación que afectaba gravemente la concepción del Estado de derecho en la medida de que el principio consistente en que los gobernantes estaban sometidos al ordenamiento jurídico quedaba en la realidad como un simple postulado teórico, sin significado práctico.⁵³

No sorprende, entonces, que por un lado se reivindicara la limitación de la Administración, y por el otro se careciera de defensas ante sus desbordes.

II.B) La tendencia administrativista

Con la edificación del Estado de Derecho, el cambio de concepción jurídica en lo que hacía al vínculo *autoridad-ciudadanía* fue rotundo: de la justificación legal de monarquías absolutas y regímenes autocráticos, se pasaba a la nueva tendencia de sometimiento de la autoridad estatal a un conjunto de reglas que traían consigo límites y reglamentaciones antes impensables.

Pero a su vez, los intentos de garantizar luz verde para el accionar administrativo, excluir del conocimiento de los jueces la ejecución de iniciativas administrativas, y el reconocimiento de jurisdicciones especiales, llevaron a que la Administración creciera en poder y no encontrara control ni oposición suficientes para balancear el escenario público.

Entonces, contradicciones en la Filosofía orientativa y contradicciones en el Derecho consagrado, condujeron a contradicciones en las aplicaciones prácticas, y ello se constató en los giros bruscos y resultados negativos en el seno de la Revolución.

Por un lado, la corriente liberal eliminó en cierto grado la arbitrariedad en las decisiones de la autoridad y logró el encausamiento de la acción del Estado bajo normas controladoras y conocidas. Por otro lado, la corriente jacobina promovió la concentración y abuso de poder de manera violenta y sistemática.

⁵³ Ibidem; p. 296, 297

II.C) Aparición y crecimiento del Consejo de Estado

En palabras de Carrillo Donaire: “...el Consejo de Estado es, sin lugar a dudas, la institución que más y mejor ha servido a uno de los mayores logros de la historia jurídica reciente: la conquista del Estado por el Derecho y el sometimiento del poder al control jurisdiccional”.⁵⁴ Valga decir, la estima que se le tiene al significado histórico del Consejo de Estado en los ámbitos administrativistas es por demás importante, y su aparición mantiene la ligazón con Francia.

El ascenso al poder de Napoleón Bonaparte puso fin a la Revolución Francesa. El declarado objetivo del nuevo Gobierno consistía en solucionar los desórdenes sociales a los que aquella había conducido, y garantizar la estabilidad política en el país.

De aquel plan surgió la Constitución del año VIII, documento en el cual se creó el Consejo de Estado, al amparo de antecedentes históricos que le servían de base:

...el artículo 52 de dicho texto previo la creación de un Consejo de Estado «adjunto» a las Asambleas y al Consulado, con la misión de «*redactar los proyectos de ley y de reglamentos de la Administración pública y de resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa*». Pese a ser ésta la primera consagración constitucional de la institución, la idea no era original y hunde sus raíces más remotas en el «Consejo Real» de Valois, creado por Felipe IV «el Hermoso» en el siglo xiii para asesorar y ayudar a la Monarquía «*a administrar Francia y a pronunciar la justicia real*»; precedente, a su vez, del *Conseil d'État* creado en 1578 por Enrique III y más tarde remozado por Luis XIV, que lo convirtió —en los albores del siglo xviii— en Consejo privado del Rey en materia de finanzas y dirección del Reino, encargándole también la tarea de «*arreglar los problemas administrativos y del contencioso*».

Aun conservando la doble misión de órgano consultivo y jurisdiccional, el nuevo Consejo de Estado nacido de la Constitución de 1799 vio potenciada esta segunda faceta a causa del paradójico y singular entendimiento del principio de división de poderes como «separación» de poderes en el Estado surgido de la Revolución francesa. Separados los poderes, el poder ejecutivo no podía ser enjuiciado por otro poder, el judicial, sino por el propio poder ejecutivo, instaurándose así un sistema de justicia retenida o del «Ministro-

⁵⁴ Carrillo Donaire, Juan Antonio; Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés, Revista de Administración Pública, Núm. 153, septiembre-diciembre 2000, p. 520
Link de consulta: [<http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/243462000153519.pdf>].

juez» que traduce el principio según el cual «juzgar a la Administración también es administrar» (Jacques CHEVALLIER).⁵⁵

La concepción y las funciones del Consejo de Estado no siempre fueron las mismas; más bien, reflejaron la ebullición en que se encontraba la intelectualidad jurídica francesa del momento y sus propuestas en torno al delineamiento y acción de la Administración.

Prosper Weil registra dichos cambios con impacto institucional:

Concebido esencialmente como consejero jurídico del Gobierno, el Consejo de Estado aumentó rápidamente sus funciones al serle encomendada por el Primer Cónsul y por sucesivos jefes de Estado, la preparación de los proyectos de resolución para los conflictos en los que fuese parte la administración. El Consejo de Estado jugaba así el papel de servicio jurídico y de conflictos dentro de una gran empresa (Waline): el gobierno resolvía, pero su decisión estaba preparada por un órgano especializado.⁵⁶

Como se ve, el Consejo se amplió respecto de su propósito original, y comenzó a tener un papel más preponderante en el sistema jurídico-político francés, tanto por sus funciones como por la cantidad de miembros y el grado de su especialización.

Las dos notas características que se cumplen a partir de la reforma francesa, la edificación del Estado de Derecho, y la incorporación del Consejo de Estado, son la *autonomía de la Administración* y la *subordinación a la ley*. Desde allí, se construye el devenir jurídico de Francia. Y muchos de los debates, con defensas y críticas, se centrarán en ese orden jurídico que, tratando de manera particularizada a la Administración, reconoce una doble jurisdicción: “Recuérdese que el régimen jurídico-administrativo francés ha estado singularizado por el hecho de existir un orden jurídico que tiene como objeto específico a la Administración Pública y el funcionamiento administrativo; y por la existencia de dos órdenes de jurisdicción, donde la contencioso-administrativa se distingue de la llamada jurisdicción ordinaria y tiene como máximo órgano jurisdiccional al Consejo de Estado”.⁵⁷

⁵⁵ Ibidem; p. 520, 521

⁵⁶ Weil, Prosper; *Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 41

⁵⁷ Matilla Correa, Andry; *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*, Universidad Carlos III, Madrid, 2011, p. 83

Esquemáticamente: el Consejo de Estado reunirá potestades reglamentarias, dictaminadoras, y jurisdiccionales; lo cual conducirá al afianzamiento de la concentración administrativa en contraste con la dispersión, y la jurisdicción administrativa con capacidad resolutoria de conflictos (más allá de la existencia de instancias judiciales independientes).

III. Actualidad

Camero Quezada describe la situación presente en el sistema jurídico analizado:

En Francia existe un dualismo jurisdiccional fundamental: la jurisdicción judicial (la cual se encuentra representada por la Corte de casación) conoce de los asuntos jurídicos que se suscitan entre las personas privadas y emplea las reglas de derecho privado; la jurisdicción administrativa (representada por el Consejo de Estado) conoce de los asuntos en los cuales se encuentra implicada una persona pública y aplica el derecho administrativo.⁵⁸

La institución del Consejo de Estado conserva vigencia en su versión ampliada: de ser un órgano emisor de recomendaciones que el Soberano podía no seguir, a ostentar la jurisdicción administrativa. La competencia en dicha jurisdicción administrativa consta de tres escalones, y en cada uno de ellos el Consejo de Estado cumple un rol.

En primera instancia, a veces actúa como juez:

En ciertos casos, el asunto no pasa a través de un Tribunal Administrativo, sino que es dirigido directamente ante el Consejo de Estado. El circuito es particularmente corto, ya que éste es el juez de última instancia: juzga definitivamente una decisión que no es susceptible de recurso en segunda instancia o casación. De manera general, concierne a los litigios de interés nacional, o que exigen una solución rápida (como el contencioso de las elecciones europeas), o aun los nacidos fuera del área de competencia geográfica de los Tribunales Administrativos (en el extranjero o en alta mar por ejemplo).⁵⁹

⁵⁸ Camero Quezada, Guillermo; Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa, Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho, Número 3, Centro Universitario de la Ciénega, Universidad de Guadalajara, México, 2006, p. 2

Link de consulta: [<https://www.cameroabogados.com/app/download/3464060/Guillermo+Camero+Dualismo+jurisdiccional+y+jurisdiccion+administrativa.pdf>].

⁵⁹ Ibidem; p. 13

En segunda instancia, la competencia del Consejo de Estado se distingue de los supuestos que quedarán bajo entendimiento de las Cortes Administrativas:

En principio, el recurso de segunda instancia contra una sentencia del Tribunal Administrativo deber ser interpuesto en la Corte Administrativa competente territorialmente. Sin embargo, el Consejo de Estado es, ocasionalmente competente, quedando a un lado la intervención de la Cortes. Sólo concierne la intervención de las Cortes cuando existen sentencias dictadas a través del recurso de reenvío de la autoridad judicial, sobre los litigios relativos a las elecciones municipales y comunales. Así mismo los asuntos relativos a la reconducción de extranjeros a la frontera.⁶⁰

Por último, el Consejo de Estado es competente en casación:

El recurso en casación es una vía de recurso abierto a las partes contra una sentencia o decisión en última instancia contra ésta última.

Únicamente existe un juez de casación en materia administrativa: el Consejo de Estado (Art. 331-1 CJA). Por lo tanto, conoce por una parte, todas las decisiones de las Cortes Administrativas de segunda instancia, y por otra parte, de las sentencias de los Tribunales Administrativos que no pueden ser objeto de una segunda instancia. Debemos precisar que las decisiones tomadas en primera y última instancia por el Consejo no pueden ser objeto de recurso alguno. Por lo tanto, esta función exclusiva de juez en casación permite al Consejo de Estado asegurar la unidad de la jurisprudencia administrativa.⁶¹

De tal repaso surge que institucionalmente el Consejo de Estado francés se encuentra consolidado y jurídicamente sus competencias están ratificadas.

IV. El debate: dos críticas que van de la mano

Muchas discusiones giran alrededor del Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa.

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Ibidem; p. 14

Los defensores de su institucionalización se escudan en la necesidad de tratar los temas de Estado por separado. Ello permite garantizar un adecuado funcionamiento administrativo; la homogeneidad en las decisiones jurisdiccionales; y un abordaje distintivo en razón de la sensibilidad y delicadeza que conlleva la función pública, para lo cual se requiere preeminencia normativa e instancias de autorevisión y autocontrol.

Pero en la vereda de enfrente hay dos críticas que, por consistencia, han de caminar siempre de la mano. Una proveniente de la Filosofía Política, y otra específicamente del Derecho Administrativo.

IV.A) Crítica desde la Filosofía Política

La primera crítica apunta al *ejercicio del poder*: pareciera ser que, en tanto en cuanto las facultades de un órgano de las características del Consejo de Estado estén regladas, no importa demasiado el contenido cada vez más abarcador sobre el que recaen.

Hay una preocupación tan grande en justificar la *legalidad* de la acción, que se margina el análisis de la *legitimidad* de la misma.

Por ende, con tal restricción en el enfoque, el pragmatismo del Consejo le permite funcionar tanto en una República como en un imperio; tanto en un Gobierno *a priori* defensor de los derechos de los administrados como en un Gobierno reclamante de privilegios para la Administración.

En este caso, el desenvolvimiento del Derecho inglés ha constituido la contracara en cuanto al enfoque: mientras en Francia se edificó una Administración creciente en poderes y prerrogativas –eso sí, todo legal, todo reglamentado–, en Inglaterra surgieron Cartas de derechos y documentos legales tendientes a limitar el poder del Soberano para que no se extralimitara en sus funciones.

En Inglaterra se comprendió la cabal importancia de los dos factores jurídicamente relevantes: el ejercicio del poder de autoridad, y el ejercicio de los derechos individuales. El Gobierno desea expresar la voz del pueblo representado mediante su acción; el pueblo habla mediante el debate parlamentario, y le impone a la autoridad las condiciones de ejercicio de su poder, haciendo respetar derechos consagrados.

En Francia no se dejan de reconocer los derechos de los ciudadanos, claro está; pero el modo de construcción de su Derecho hace que el poder público regulador adquiera cierta primacía en cuestiones fundamentales que conspiran contra libertades y garantías individuales.

IV.B) Crítica desde el Derecho Administrativo

La segunda crítica, de tinte administrativista, repara en la *diferenciación* entre el Derecho Administrativo “puro” aplicable a los asuntos del Estado, y el Derecho Común aplicable a los ciudadanos.

En ciertos sistemas jurídicos de raigambre francesa, gana terreno la preeminencia de la Administración, tanto cuando invoca su carácter de tal como cuando el Estado actúa contratando con particulares en actos civiles y comerciales.

Para no darle cabida al autoritarismo ni generar problemas de fuentes y competencias, el argumento crítico exige que el Estado no reclame privilegios, que se someta a la legalidad convencional al contratar con particulares, y que el Derecho Común aplique sus instituciones siempre que le corresponda intervención. Ello despoja a la Administración del aura de privilegios, preeminencia y exorbitancia que adquiere cuando se ampara en el Derecho Administrativo para imponerse unilateralmente sobre los civiles.

V. Conclusión

El capítulo ha explorado los orígenes del Estado de Derecho como símbolo del sometimiento de la autoridad a la ley; el Derecho Administrativo como rama particular que se enfoca en las facultades, competencias y limitaciones de la Administración; el Consejo de Estado como órgano público símbolo del ejercicio jurisdiccional administrativo; y el debate acerca de las ideas subyacentes y las consecuencias jurídicas que se perciben en su implementación institucional.

La discusión se aviva en épocas de integraciones regionales, instrumentos internacionales y Administraciones Públicas que asumen cada vez más competencias. A los abordajes sobre las jurisdicciones internas, se suma la dicotomía *soberanía nacional–Derecho Internacional Público*.

Para cualquier ámbito de estudio, aquí se considera que, de lo históricamente conocido, el *approach* inglés es más conveniente que el francés a la hora de establecer limitaciones al ejercicio del poder, y visualizar una Administración que no solamente se preocupe por la legalidad de su acción, sino por su legitimidad, es decir, que considere si le corresponde o no acaparar ciertos ámbitos dentro de su órbita de actuación.

Amén de las corrientes analizadas, se promueve el enfoque liberal, más presto a la limitación del poder, el descubrimiento del Derecho y el reconocimiento de derechos

individuales inalienables; contra el enfoque estatista, promotor del crecimiento estatal, la fabricación pública y monopólica del Derecho, y el reconocimiento de privilegios de la Administración sobre los administrados.

Capítulo 5. El Derecho al servicio de los derechos

I. Introducción

Hasta aquí la exposición ha presentado su visión liberal dentro de un marco jurídico normalmente compartido por la gente de Derecho, sean abogados litigantes, funcionarios judiciales, operadores administrativos, y/o doctrinarios.

En este capítulo la intención es presentar una visión liberal que no presupone ciertos puntos usualmente dados por sentados en el actual *mainstream* jurídico, y su portador es Bruno Leoni, crítico de la perspectiva que reduce el proceso generador de Derecho al acopio legislativo de cámaras supuestamente representativas de los intereses ciudadanos.

Luego de tal presentación, el desafío será adaptar y compatibilizar sus premisas a la rama del Derecho Administrativo.

II. Definiciones comunes

El primer paso es sintetizar las nociones frecuentemente manejadas de los términos que componen el título del capítulo.

Por *Derecho* se entiende un conjunto de normas jurídicas, las cuales reúnen ciertas características generales como la vigencia y validez en un momento dado, la exigencia de su cumplimiento obligatorio, el respaldo en la coerción en caso de incumplimiento, y la presunción de ser conocidas por todos los ciudadanos.

Por *derechos* entendemos las facultades, prerrogativas y libertades personales para hacer, no hacer o dejar de hacer algo, dentro del marco de lo legalmente permitido. A este primer entendimiento luego se le han sumado derechos de segunda y tercera generación, alusivos a prestaciones mínimas que deben hacerse en favor de ciertos individuos o grupos, o a la protección de bienes colectivos o de goce general.

¿Qué querría decir entonces, al menos en primera instancia, que *el Derecho está al servicio de los derechos*? Pues que el conjunto de normas jurídicas debe destinarse a proteger las facultades, prerrogativas y libertades personales; que la vigencia y validez de las normas deben considerarse en la medida que cumplan su misión, y cuando no lo hagan propender a su modificación; que el respeto por las normas se torne exigible; que los efectos del incumplimiento sean susceptibles de reparación y/o castigo, según se trate del ámbito civil o penal; y que se aplique a todos los ciudadanos por igual dentro de una determinada jurisdicción, residiendo en estos la responsabilidad de conocer y controlar la efectivización de la ley.

Planteado mediante tal soporte teórico, el esquema pareciera ser simple y lineal. Hay una relación evidente entre el derecho como facultad individual y el Derecho como orden público, de modo que el segundo tiende a la consagración, protección y reglamentación del primero.

Ahora bien, en la realidad la esquematización no se presenta de manera tan sencilla. Existen fenómenos complejos, contraposiciones doctrinarias e ideológicas y, sobre todo, millones de seres humanos actuando de acuerdo a sus propios intereses, lo que conduce a la producción de multiplicidad de actos, relaciones e intercambios con disímiles resultados, lo que a su vez tiene diverso impacto en la órbita jurídica.

Lo anterior no sugiere que deban separarse teórica y práctica, o que exista un divorcio entre la abstracción y lo concreto. Lejos de ello, aquí se está a favor de la *integración teórica y práctica*, y de la abstracción conceptual a partir de la percepción de concretos en la realidad. A lo que sí apunta es a llamar la atención sobre *aspectos complejos y dinámicos* verificables en los hechos, que algunas teorizaciones jurídicas eluden o los toman por sabidos, sin realmente captarlos en su integridad.

Se acostumbra -en rigor malacostumbra- a identificar el Derecho con el Derecho del Estado, y más concretamente con el Derecho resultante del proceso legislativo: la ley del Congreso, o de la Legislatura provincial. Y los derechos personales y/o reales se ejercen bajo dicha concepción, según lo que el Derecho del Estado permite o prohíbe; y si el Estado lo permite, se ejercen en la medida de lo posible y lo permitido.

¿Y si existe un abordaje alternativo del fenómeno jurídico?

III. Definiciones de Bruno Leoni

Pensando “fuera de la caja”, Bruno Leoni rompe con la anterior red esquemática, legando un mensaje distinto: el Derecho no equivale a la legislación; y la legislación no es el mejor medio para validar normas; de ello se deduce que los derechos no deben atarse a las provisiones legislativas.

El segundo paso del capítulo consiste en desglosar el mensaje.⁶²

III.A) El Derecho no equivale a la legislación

Según Leoni, en la historia de Occidente se desarrollaron tres métodos principales de elaboración del Derecho.

El primero es un Derecho de los expertos llamado *Derecho de juristas*, el cual se identificó en Roma con el Derecho de los *iurisconsulti*, en Alemania con el Derecho de los *juristen*, y en Inglaterra con el Derecho de los *lawyers*.

El segundo método es el *Derecho de los jueces*, también expertos, que entienden y resuelven en un tribunal.

El tercer método es el *proceso legislativo*, cuya fuente son los legisladores que sancionan las leyes de alcance nacional o local.

Las diferencias entre métodos se verifican tanto en sus implementaciones como en los resultados que se obtienen a partir de ellas.

El método de los juristas y de los jueces parte desde el material que les ha sido otorgado, y su resultado es el *Derecho jurisprudencial o judicial* respectivamente. Por ejemplo, se somete una disputa a su conocimiento; los expertos exploran normas estatutarias, comportamientos habituales aceptados en la sociedad y reconocidos como costumbres, y precedentes; y desde allí resuelven el caso. En este sentido, *descubren* la ley, y lo hacen de manera condicionada por lo reclamado entre las partes.

En cambio, el método legislativo es una manera incondicionada de producir la ley, proveniente de la voluntad del legislador, e independiente de la voluntad ciudadana. Su resultado es la *legislación* que se impone de manera amplia y general a todos. En tal sentido, el legislador *crea* la ley.

⁶² Los siguientes subapartados se elaboran en base a la obra del autor, y se agregan algunos desarrollos propios de estas líneas favorables a su exposición. De allí que no todos los términos que se utilizan son los invocados por Leoni, amen de la dispensa de extremo cuidado en la preservación de la esencia de su mensaje.

Consultar: Leoni, Bruno; *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid, 1995

Acorde a Leoni, en supuestos donde se descubriría la ley -el caso de Roma-, el Derecho quedaba a salvo de la injerencia estatal, así como lo estaba el mercado libre, lo cual redundaba en beneficios para la libertad individual y la vida privada.

Por el contrario, en los casos de promulgación estatal de la ley, se observa que las normas son imposiciones de voluntad que, al no estar condicionadas, repercuten en arbitrariedades e injerencias, recortando la libertad y regulando aspectos privados.

En consideración de los distintos métodos y las diversas fuentes, ha de afirmarse que el Derecho no equivale a la legislación; esta última es apenas una de las manifestaciones del primero y, por cierto, una que no prevaleció en todos los momentos de la historia jurídica occidental.

III.B) La legislación no es el mejor medio para validar normas

El Derecho de los expertos preservaba la libertad -fallando sobre casos concretos sometidos a su conocimiento, y manteniendo a otras autoridades estatales y legislativas fuera del pleito-. La legislación consigue lo contrario -involucra decisiones grupales y de autoridad en cuestiones individuales-. Compárese la situación generada por la legislación con la situación en el ámbito donde prevalece la libertad: el mercado.

En el mercado la gente actúa de acuerdo a preferencias personales y decisiones individuales, y los afectados a las vinculaciones suscitadas son quienes intervienen en el proceso de conexión entre oferta y demanda.

En la legislación, las preferencias y decisiones tenidas en cuenta son las de un grupo de legisladores que tienen el poder de imponer coactivamente sus pretensiones sobre el resto de la ciudadanía. Para graficar aún más la extensión de tal hecho, debe considerarse que la ley también gobierna sobre los propios legisladores, quienes en algún momento dejarán de revestir tal calidad y pasarán a ser ciudadanos llanos. *Ergo* los afectados son todos.

Por lo tanto, la legislación conduce a dos puertos interconectados, ambos en detrimento del individuo: el fortalecimiento de la *autoridad estatal* que impone la ley a expensas de la libertad individual; y la imposición de *decisiones de grupo* (un cuerpo de autoridad), a expensas de las decisiones individuales.

Lo primero reverbera en poderes crecientes y arbitrarios de los funcionarios, y en un compendio de leyes cada vez más grueso que resulta indomable e imposible de conocer

en toda su extensión (la presunción de que la ley es conocida por todos resulta más que nunca una mera presunción).

Lo segundo implica transformar la Democracia en “el poder hegemónico de los números”; y someter a individuos aislados a actos legales coactivos, mediante los cuales negocios y asuntos privados quedan a merced de la regla de la mayoría.

III.C) Los derechos no deberían atarse a las previsiones legislativas

Leoni identifica una *falsa alternativa* planteada desde hace siglos que sigue impactando en las concepciones jurídicas actuales: o se redactan leyes escritas y promulgadas en un sistema de legislación rígida, o se cae bajo los caprichos arbitrarios del tirano.

Lo cierto es que la legislación no ha sido históricamente una buena alternativa contra la arbitrariedad. Al contrario, ha servido para imponer arbitrariedades de un grupo de legisladores al resto de la población, puesto que nadie -excepto ellos- participa en el proceso de sanción normativa.

Por lo tanto, como *alternativa real* a la arbitrariedad tiránica o legislativa, Leoni favorece la *participación espontánea* de los individuos en el proceso formativo de normas. En consecuencia, se perfila una elaboración del Derecho donde -al igual que en el mercado libre- las elecciones individuales relacionadas a la ley y las instituciones legales son tomadas en libertad.

La legislación implica imponer normativa; someter decisiones individuales a decisiones de grupo; coaccionar gente para que realice conductas que no realizaría de no verse obligada a hacerlo. En cambio, concebir el Derecho a la manera de Leoni implica promover que los particulares puedan ejecutar sus propias acciones privadas sin interferencias arbitrarias; que se pongan de acuerdo mediante contratos libres respecto del cumplimiento y finalización de sus vínculos; y que eventualmente efectúen sus reclamaciones particulares sin depender por completo en las soluciones que un grupo de legisladores imaginan como eficientes para situaciones privadas.

Los particulares no deberían ver a sus derechos atados a previsiones legislativas; sino que deberían contar con la suficiente libertad para encargarse de sus asuntos según su mejor entendimiento, y tener la posibilidad de recurrir a quien descubra el Derecho -sin imponerlo arbitrariamente- para resolver eventuales disputas.

III.D) Los términos comunes a la luz de las concepciones de Leoni

El Derecho está al servicio de los derechos, es decir, las normas ayudan a la realización y protección de las facultades y libertades individuales, cuando se propende al favorecimiento de las acciones y soluciones privadas, dejando de lado las imposiciones arbitrarias de un grupo; y cuando se respeta el espacio necesario para que florezcan los procesos interactivos y espontáneos por los cuales se forman costumbres y normas privadas, aceptadas libre y consensualmente por las personas actuantes.

Que el Derecho se conciba como un ordenamiento estatal coactivo fabricado por legisladores, no quiere decir que necesariamente deba serlo. Que los derechos sean concebidos como facultades personales únicamente existentes por gracia de la legislación y cuyo ejercicio indefectiblemente queda bajo su regulación, no quiere decir que necesariamente así deban entenderse.

La obra de Leoni sirve para visualizar alternativas, y el acervo liberal puede enriquecerse enormemente con su profundización.

IV. El Derecho Administrativo en contemplación de la alternativa

El Derecho Administrativo puede servir como herramienta del estatismo. Hay varias materias e instituciones que por sí mismas, o por la perspectiva desde la cual se las trata, abonan al crecimiento del Estado y el fortalecimiento de la Administración Pública en detrimento de los administrados. Piénsese en competencias discrecionales, actividad de policía, teoría de la regulación económica, agotamiento de la vía administrativa; y su empuje al extremo estatista de discrecionalidad desmedida, policía invasiva, regulación entorpecedora, y obligatoriedad de la vía administrativa.

Pero -en tanto exista cual rama autónoma para su estudio, y orden jurídico para su aplicación en el marco de un Estado- el Derecho Administrativo no tiene por qué ser patrimonio exclusivo de corrientes estatistas e intervencionistas.

Leoni demuestra en su obra que otra manera de concebir al Derecho en general es perfectamente posible. Aquí, dar el tercer paso es concebir el específico Derecho Administrativo adaptando o compatibilizando sus enseñanzas.

IV.A) El Derecho Administrativo no equivale a la reglamentación

Así como el Derecho no equivale a la legislación proveniente del Poder Legislativo, el Derecho Administrativo no equivale a la reglamentación proveniente de la Administración ni a los decretos del Poder Ejecutivo.

El enfoque verticalista piensa en sanciones de normas incondicionadas como reflejo de la voluntad estatal-ejecutiva-administrativa, las cuales van de arriba hacia abajo. Arriba se dicta, abajo se obedece. No hay espacio para consideraciones autónomas sobre derechos de los administrados y fuentes jurídicas distintas para resolver pleitos y desencontros.

Por ejemplo, la Secretaría de Comercio impone control de precios sobre productos ofrecidos en todos los supermercados, en abierta afrenta al derecho de propiedad y el derecho de ejercer libremente una industria lícita. No se consideran los derechos de dueños de supermercados ni fabricantes de productos sino en relación a la normativa vinculante para toda la jurisdicción. No se contemplan alternativas a la imposición, como el acuerdo tácito entre oferta y demanda desde el que se concibe libremente el precio de los productos, y se persigue bajo la figura de colusión a los supermercadistas que pactan entre sí los precios para hacer frente a las pérdidas generadas.

La alternativa plantea fortalecer lo bueno existente y promover lo bueno novedoso. Ello implica alejarse de los dictados de autoridad y de los ataques a la lógica mercantil.

Ya existe la consideración del precedente en los tribunales administrativos; fortalecerla implica imaginar soluciones donde se descubra el Derecho, de acuerdo a prácticas usuales que reconozcan los derechos e intereses de los particulares, y no se afinquen exclusivamente en la aplicación de la regla creada e impuesta.

Por ejemplo, los organizadores de un festival musical se asocian con proveedores gastronómicos para el ofrecimiento de sus servicios durante el evento, y contractualmente establecen pautas de venta de comida, así como de conservación y manipulación de los alimentos. Tal acuerdo escrito es refrendado ante funcionarios competentes, y adquiere vigencia y validez para aplicarlo en el festival. Ello reemplaza la imposición de una reglamentación desactualizada que no contempla las características de espectáculos multitudinarios.

También existe ya la regulación indirecta, que contempla los derechos civiles de los administrados y regula a partir de ellos las potestades de la Administración. Fortalecerla conlleva abordar más hechos y temáticas desde su enfoque, para que la prerrogativa administrativa no desvirtúe derechos de status constitucional.

Por ejemplo, nueva ordenanza que versa sobre el tratamiento de residuos por parte del Municipio, debe contemplar los derechos personales y derechos reales de dominio y propiedad horizontal de sus titulares, quienes no desean ver perjudicadas sus vidas y propiedades debido a deficiencias antihigiénicas, contaminaciones ambientales y horarios operativos inoportunos en que incurre el tratamiento llevado a cabo en las proximidades de las viviendas barriales.

A su vez, promover lo novedoso es replantear *todo* el esquema administrativista en relación a los derechos individuales, de modo que la Administración no persiga objetivo ajeno a su protección y realización. El esquema verticalista e intervencionista se abandona, y las reglas se tejen alrededor de derechos iguales para ciudadanos iguales ante la ley, cuya autoridad de aplicación es un ente ideal que no tiene preeminencia alguna sobre las personas de carne y hueso -salvo la capacidad decisoria en casos traídos a su conocimiento a la que consentidamente dichas personas se hayan sometido-, y que no interfiere en asuntos privados manejados mediante las reglas del mercado. No se abusa de reglamentos de imposición general a las iniciativas de los administrados, sino que se atienden casos concretos condicionados por requerimientos de particulares, en seguimiento de sus planteos, conflictos y sugerencias, lo que va creando una jurisprudencia que puede utilizarse como guía de costumbres y precedentes para ulteriores situaciones.

Por ejemplo, si el mercado no ha visto la necesidad o evaluado la oportunidad de construir un estadio de fútbol, la Administración no extrae coactivamente recursos de particulares para llevar adelante el proyecto bajo la excusa de un fin comunitario ajeno a los fines individuales de quienes se ven obligados a financiarlo.

IV.B) La reglamentación no es el mejor medio para validar normas

Así como el Derecho de los legisladores impone decisiones de grupo a costa de la libertad individual de los ciudadanos, el Derecho de los administradores y ejecutivos impone decisiones de grupo a costa de la libertad individual de los administrados.

El esquema de autoridad constriñe al individuo a aceptar las reglas nacidas de Gobiernos y Administraciones nacionales, provinciales y municipales, mediante un proceso donde el grupo de administradores tiene el poder de decidir las formas en que aquel va a desempeñarse para alcanzar sus propósitos afines al bien comunitario, así como la prerrogativa de imponer regulaciones que orienten las conductas individuales en tal o cual sentido.

El esquema liberal obliga a Gobiernos y Administraciones a reconocer derechos individuales previos y superiores, limita efectivamente sus potestades de manera que no puedan desvirtuarlos, y la concepción del proceso es de promoción de la libertad en el mercado. Los administrados eligen voluntariamente sus conductas, intercambios y fines particulares, y no existe la parcialidad reguladora que coarta libertades para desincentivar o anular iniciativas legítimas.

Por ejemplo: en contemplación de las finanzas personales, los particulares pueden ahorrar en la moneda que deseen -nacional o extranjera-, y no hay cepo cambiario que desincentiva el ahorro en moneda extranjera y condena a ahorrar en moneda nacional.

IV.C) Los derechos no deberían atarse a las previsiones regulatorias

Así como los derechos de los individuos no deberían atarse a previsiones legislativas -ya que se transforman en víctimas de la arbitrariedad de los funcionarios-, los derechos de los administrados no deberían atarse a previsiones regulatorias de la Administración -ya que se transforman en víctimas de su interferencia en asuntos privados-.

La propia Constitución Nacional argentina establece en su artículo 28 que los derechos por ella reconocidos “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Del mismo modo, no hay reglamentación administrativa que pueda válidamente eliminar, obnubilar, o tornar de imposible ejercicio los derechos de los administrados.

Si los derechos de los administrados se consideran atados a las regulaciones, estas pueden direccionarlos donde quieran y obstruirlos de modo que permanezcan como letra muerta sin eficacia práctica. Si, por el contrario, son considerados previos y superiores a los poderes administrativos, estos últimos deben ser ejercidos con sumo respeto por la preservación de aquellos.

Lo deseable es la preservación de la libertad individual del administrado, y sus derechos a peticionar, ser oído, defenderse y obtener resoluciones fundadas por parte de

la Administración. Lo indeseable es la arbitrariedad administrativa en resoluciones que no resuelven, y las interferencias degradantes de los derechos de los administrados.

Por ejemplo, el Ministerio de Seguridad organiza patrullaje policial en las calles para preservar la integridad física de transeúntes en caso de que se requiera su intervención; pero no ordena interrupciones en el tránsito para exigir acreditaciones arbitrarias a quien no corresponda como requisito obligatorio para circular.

V. Conclusión

Por el uso práctico frecuente y la falta de desafío intelectual a premisas aceptadas, ciertos conceptos del Derecho son tomados como verdades talladas en piedra y aplicados sin cuestionamiento. En el Derecho Administrativo, tal situación se vive en remarcación de tendencias estatistas e intervencionistas.

La exposición de Bruno Leoni rescata otros funcionamientos históricos del Derecho y los combina con la propia visión favorable a la preservación de la libertad, todo lo cual resulta en una alternativa compatible con las demandas liberales de un Derecho al servicio de los derechos individuales. De sus fundamentos pueden obtenerse interesantes perspectivas, que permiten elaborar concepciones novedosas en torno al Derecho Administrativo.

Bien se haría en prestar atención a tan inusuales enseñanzas, para aprender sobre Derecho por fuera del actual *mainstream*, y pensar en nuevas soluciones para los administrados necesitados de las mismas.

SECCIÓN II

APLICACIÓN

Capítulo 6. Competencias regladas y discrecionales de la Administración Pública

I. Introducción

A partir de aquí se aplica la teoría general a cuestiones concretas de Derecho Administrativo.

Este capítulo se adentra en las competencias de la Administración Pública según su clasificación en reglada y discrecional.

Los objetivos consistirán en conceptualizarlas y señalar los criterios de distinción, así como retratar una tercera posición híbrida, y presentar disquisiciones doctrinarias al respecto. Luego de una presentación general de los tipos competenciales, se procederá a profundizar en las particularidades de cada uno.

II. Conceptualización

En atención al propicio orden expositivo, se conceptualizará en primer lugar la competencia jurídica como expresión genérica; en segundo lugar, la competencia administrativa como expresión de la rama del Derecho Administrativo; en tercer lugar, las competencias regladas y discrecionales como expresión administrativista clasificatoria; enseguida la teoría del acto híbrido; luego se resaltaré el valor pedagógico de la clasificación; y finalmente se trazará una diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad.

II.A) Competencia jurídica

La *competencia jurídica*, en un sentido general, es una facultad conferida por el ordenamiento jurídico para realizar un determinado tipo de actuación en el marco del propio ordenamiento.

Tal noción puede utilizarse en distintas ramas del Derecho en dirección a analizar y considerar facultades y poderes de distintos organismos que, bajo sanción legal, resultan “competentes” para entender en determinados asuntos

II.B) Competencia administrativa

La *competencia administrativa* es una especie competencial dentro del género, y refiere a la facultad que puede o debe ejercer un órgano administrativo.

González Pérez y González Navarro sostienen que la competencia administrativa es una “facultad irrenunciable de emanar actos jurídicos atribuidos por la norma jurídica a un órgano administrativo”.⁶³

Así mismo, además de teorías orgánicas que sitúan la lupa en los órganos que desempeñan sus funciones, han de tenerse en cuenta las que se concentran en la función -que puede cumplirse en cierta medida por distintos órganos-.

De tal modo, no postulan una asociación entre las facultades administrativas y los órganos administrativos que las ejercen con carácter de inescindible, sino que reparan en la naturaleza administrativa de la función a cumplirse más allá del órgano que la cumple. Por lo tanto, se habla de *función administrativa* aún cuando quien la ejerce es el órgano legislativo o el órgano judicial (verbigracia, cuando realizan contrataciones y nombramientos).

En aras de la concentración en el principal objeto de estudio del presente trabajo, las siguientes líneas se dedicarán al desarrollo de las competencias administrativas ejercidas por la Administración Pública.

II.C) Competencias regladas y discrecionales

Agustín Gordillo expone las características y distinciones de las competencias regladas y discrecionales ejercidas por la Administración:

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando *una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir*, o sea, cuando el orden jurídico establece de

⁶³ Competencia administrativa, Diccionario panhispánico del español jurídico, Real Academia Española, 2020

Link de consulta: [<https://dpej.rae.es/lema/competencia-administrativa>].

antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.⁶⁴

Cuando la facultad es reglada, la autoridad administrativa u operador jurídico actuante no posee, en principio, un espacio decisorio dentro del cual pueda moverse de acuerdo a su mejor apreciación, sino que debe seguir estrictamente el camino previsto por la norma jurídica en lo relativo a su forma de actuación. De la norma se desprende lo que el ordenamiento jurídico espera en concreto del órgano administrativo, independientemente de las valoraciones que este último pudiese efectuar en su fuero interno.

En cambio, las facultades discrecionales son aquellas que permiten al órgano administrativo ejercer su capacidad electiva dentro de un margen decisorio delimitado por el ordenamiento jurídico. Tal posibilidad de elección se considera entre alternativas igualmente válidas y con el mismo sustento legal.

II.D) Tesis del acto híbrido

Anteriormente, cierta doctrina postulaba una *concepción de formas puras*: por un lado, existían competencias regladas, y por otro, competencias discrecionales.

En la actualidad, alejándose de dicha concepción, la lente se pone en el acto, y predomina lo que aquí se llamará *tesis del acto híbrido*, según la cual *todo acto es en parte reglado y en parte discrecional*.

Gordillo lo explica a partir de la imposibilidad práctica de que la norma prevea “hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer”, por lo que siempre quedará “algun pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante”; y en sentido inverso, no existirá norma que “autorice al funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación alguna”, además de que “siempre existirá alguna otra norma que le fije de antemano ciertos principios a que deberá ajustar su acción”.⁶⁵

Por su lado, Carlos Balbín explica la importancia de observar el fenómeno desde una mirada republicana garante de la división de poderes:

⁶⁴ Gordillo, Agustín; *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 9, Primeros manuales, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2014, p. 179

⁶⁵ Ibidem, p. 180

...así como no existen potestades enteramente discrecionales, es casi imposible hallar en el ordenamiento jurídico potestades íntegramente regladas. A su vez, si el legislador regulase absolutamente todo por medio de las leyes, de modo que el ejecutivo simplemente aplicase la ley sin discrecionalidad o arbitrio propio, es posible, entonces, preguntarse si ese modelo hipotético no desconoce el principio de división de poderes porque, en tal caso, es el legislador quien ejerce las potestades de ejecución y administración, y no el propio ejecutivo. Digámoslo en otras palabras, las potestades estatales son más o menos regladas; y más o menos discrecionales. Es decir, los actos son siempre en parte reglados y en parte discrecionales.⁶⁶

La tendencia doctrinaria sugiere que seguirá prefiriéndose este tipo de consideración antes que la concepción de las formas puras.

II.E) Valor pedagógico de la clasificación

La doctrina mayoritaria tiende a abrazar la teoría del acto híbrido, y consecuentemente a alejarse de la distinción a rajatabla de las formas puras antaño característica.

Ello es así porque la previsión de una conducta en una norma jurídica ya de por sí implica un aspecto reglado; y más allá de la posibilidad de elegir de acuerdo a la oportunidad y conveniencia que tenga el órgano administrativo ejerciendo su discrecionalidad, tanto el estándar sobre los cuales debe basar su criterio, como las alternativas a optar, cuentan en su base con reglamentación. A su vez, siempre queda un margen de apreciación para el funcionario actuante por la imposibilidad normativa de siempre prever todo.

Para mayor precisión terminológica, Gordillo sostiene que no debería hablarse de “acto reglado” y “acto discrecional”, sino de “actos dictados en ejercicio de facultades regladas” o “discrecionales”, dependiendo de qué parte del acto se considere en el momento analítico: si la parte concebida en virtud de normas determinantes, o la parte concebida en virtud del arbitrio del funcionario.⁶⁷

⁶⁶ Balbín, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 488 y sgts. Citado en: Boyle, Ignacio; Análisis de la discrecionalidad administrativa, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica - Número 19 - Septiembre 2017, IJ-CDLXVIII-951

Link de consulta: [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=1e44f5995b47efd5aff4688e39724&hash_t=3a228b58389035fd8d2068ebb77bb8f1].

⁶⁷ Gordillo, Agustín; *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 1, Buenos Aires, FDA, 2014, p. X-25

Cuando se observa el aspecto reglado, si el funcionario actuante se aparta de lo previsto en la norma, su conducta es ilegítima y susceptible de anulación. Cuando se observa el aspecto discrecional, la decisión que adopta es legítima en tanto escoge una opción válida, pero no lo será si la conducta se ejecuta traspasando los límites a la discrecionalidad.⁶⁸

Amén del debate entre reconocidos autores, aquí se considera que la distinción sigue teniendo valor pedagógico junto a la explicación de la teoría híbrida, en la medida que permite exponer los modos de actuación del órgano administrativo en relación a las normas y sus criterios de aplicación.

También reviste importancia práctica a la hora de garantizar el óptimo funcionamiento institucional de la Administración Pública enmarcado en un Estado de Derecho: las reglas deben ser ciertas y claras; y aun cuando haya lugar para actividad discrecional, la premisa del “gobierno de leyes, no de hombres” igualmente obliga a actuar cercando el margen de posibilidades en prevención de deslindes en la conducta administrativa.

II.F) Distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad

Resulta preciso diferenciar la *discrecionalidad* de la *arbitrariedad* a los fines de no caer en confusiones conceptuales.

En los supuestos de discrecionalidad, es la norma la que permite al operador optar entre posibilidades, pero de manera fundada y siempre dentro de un marco de actuación contemplado por el orden jurídico. Ignacio Boyle explica:

...para poder ejercer una facultad discrecional, la misma debe encontrar su fundamento en el bloque de juridicidad. Es decir, para que el actuar sea discrecional, es condición necesaria que la norma le confiera a la administración tal facultad.

La discrecionalidad otorga a la administración la posibilidad de elegir una entre varias opciones posibles, pero no la exime de realizar dicha elección con fundamentos que justifiquen de manera objetiva la misma. A su vez, dichos fundamentos, deben estar expresados de manera explícita en el acto administrativo.⁶⁹

⁶⁸ Ibidem; p. X-26

⁶⁹ Boyle; *Análisis...*; op. cit.

En cambio, en los casos de arbitrariedad, el órgano administrativo actúa según su criterio, pero de manera antojadiza en vez de razonable, sin respetar el marco establecido para la toma de decisiones, extralimitándose del grado de autonomía reconocido para optar entre alternativas, o llevando a cabo conductas por fuera de las reconocidas como válidas por la norma reguladora -lo cual es un supuesto que equivale a la ilegalidad o antijuridicidad-. En resumidas cuentas, el operador jurídico no fundamenta su accionar, o lo intenta deficientemente de manera caprichosa, o no elige entre los caminos habilitados sino uno ajeno a ellos, en base a sus propios antojos y en incumplimiento de las previsiones del sistema.

En el ámbito del Derecho, la palabra arbitrariedad en su sentido usual refiere a un “acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario”, y como concepto amplio “comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad”⁷⁰.

En el ámbito específico del Derecho Administrativo, la arbitrariedad administrativa alude a la “actuación de un órgano administrativo que no encuentra fundamento en las normas porque las consecuencias que se extraen de la misma no son racionales”; la “actuación de un órgano que incurre en manifiesto error de hecho al aplicar las previsiones normativas”; y también se describe como la “actuación que elige entre varias soluciones la que parece menos razonable y no la motiva, o la que está motivada con razonamientos manifiestamente inaceptables por su incoherencia, o por no haber tenido en cuenta opciones más relevantes, o sencillamente porque conduce a resultados absurdos”.⁷¹

Entonces, mientras la discrecionalidad es un ejercicio competencial válido, legal y presumiblemente razonable; la arbitrariedad constituye una actuación inválida, fuera de la legalidad, y directamente irrazonable.

⁷⁰ Cassagne, Juan Carlos; La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial, La Ley, 2008

Link de consulta: [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf].

⁷¹ Arbitrariedad administrativa, Diccionario panhispánico del español jurídico, Real Academia Española, 2020

Link de consulta: [<https://dpej.rae.es/lema/arbitrariedad-administrativa>].

III. Competencias regladas

Luego de la enunciación general de las competencias y un pantallazo sobre la discusión que se lleva a cabo en el seno de la doctrina administrativista, se procede a ingresar en los pormenores de cada una.

Se comienza en este apartado por la competencia reglada y los tipos de regulación que trae consigo.

III.A) Facultad y regulación

Las facultades regladas -como su nombre señala y se viene analizando- son aquellas donde una regla de Derecho le indica al órgano administrativo cómo debe actuar.

En estos supuestos no existe lugar para una evaluación efectuada por el órgano sobre la oportunidad y conveniencia de la conducta a adoptar. Es la autoridad que ha elaborado la norma (legislativa en caso de ley, administrativa en caso de reglamento) quien ya ha establecido de manera predeterminada el curso a seguir por quien sea el encargado de aplicarla y dictar el correspondiente acto administrativo.

Los tipos de regulación que predeterminan la conducta administrativa son la regulación directa, indirecta, y residual; más dos regulaciones que cierta doctrina y jurisprudencia suman a dicha tipología: regulación técnica y discrecionalidad cero.

A continuación, se establecerá en qué consiste cada una de ellas y los elementos que cubren, tomando como base fundamental la obra de Agustín Gordillo.

III.B) Regulación directa

La *regulación directa* refiere a las normas concretas del ordenamiento jurídico en relación al ámbito administrativo que dictan la conducta administrativa a adoptarse y disponen la actividad administrativa a seguir; son normas que “se refieren específicamente a la actividad administrativa: Leyes de procedimiento, de contabilidad, de presupuesto, etc.”.⁷²

Esta regulación contempla los siguientes elementos:

A) *Competencia*: Se determina quién es la autoridad que dicta los actos administrativos, generalmente expresada como “autoridad competente”, o “autoridad de aplicación”.

⁷² Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1; p. X-14

La ley prevé “en forma expresa o razonablemente implícita, la *competencia* que tienen órganos administrativos para actuar; generalmente también la forma y el procedimiento en que deben exteriorizar sus declaraciones o manifestaciones de voluntad”.⁷³

Por ejemplo, cuando una ley determina que un órgano será competente, y en casos excepcionales autoriza una delegación o sustitución del mismo.

B) *Forma*: Es la manera jurídica en que se cumplirá con el acto.

Por ejemplo, que se asiente por escrito, se notifique por medio fehaciente, incluya la motivación por la cual se dicta –las razones que llevan a emitirlo–, hechos y antecedentes que le sirven de causa, y el derecho aplicable.⁷⁴

C) *Procedimiento*: Alude al cumplimiento de los pasos previos y los trámites necesarios para que el acto se manifieste en legal modo.

Por ejemplo, que se respete el derecho del administrado a ejercer su defensa, ser oído, presentar y producir prueba, y obtener por parte de la autoridad una decisión fundada que explique los argumentos y las normas en que basa su decisión.⁷⁵

D) *Objeto*: Es el contenido del acto, a lo que refiere su decisión, sobre lo cual se pronuncia.

Las normas pueden regular que el objeto del acto sea cierto, física y jurídicamente posible; que decida sobre todas las cuestiones planteadas por el administrado; que esté cumpliendo con las finalidades previstas –en vez de perseguir fines encubiertos distintos a los buscados por la ley–; o bien establecer un objeto prohibido –que la Administración no pueda actuar de determinada manera, no pueda dictar determinado acto, o no pueda emitirlo en determinadas circunstancias de hecho.⁷⁶

Por ejemplo, una ley establece que, para dar satisfactoria respuesta a lo formulado por particulares, el acto debe decidir sobre todas las peticiones que han sido formuladas.

III.C) Regulación indirecta o inversa

La *regulación indirecta o inversa* se da en aquellos supuestos donde la norma jurídica, en vez de determinar concretamente cómo debe obrar el órgano administrativo, prevé situaciones y reglamenta circunstancias bajo las cuales este no puede estorbar a los administrados.

⁷³ Ibidem

⁷⁴ Ibidem, p. X-15

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ Ibidem

Es decir, en vez de contemplarse la actividad que debe llevar adelante la Administración Pública como autoridad, se considera el caso donde el administrado no debe ser molestado: “Se comprenden aquí todos los casos en que la ley *reglamenta* no ya el derecho subjetivo de la administración a actuar sobre los particulares, sino el derecho subjetivo *de los particulares* a que nadie interfiera con sus actividades”.⁷⁷

III.D) Regulación residual

La *regulación residual* procede en los supuestos donde no hay regulación directa ni indirecta, y consiste en recurrir a los principios y normativas de orden superior como directrices y soporte legal para resolver eventuales conflictos entre los derechos de la Administración y los derechos del administrado.

Verbigracia, el ya mencionado artículo 28 de la Constitución Nacional de Argentina, que establece que los principios, garantías y derechos contemplados en su texto no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Vale decir, las autoridades pueden dictar normativa que regule el ejercicio de los derechos, pero no pueden desvirtuar o anular los derechos de los particulares ni hacer que las regulaciones los tornen de imposible ejercicio.⁷⁸

III.E) Regulación técnica y Discrecionalidad cero

Como se anticipó, estos tipos de regulaciones son incluidos por algunos doctrinarios, y reconocidos en la jurisprudencia de ciertos países, sirviendo de complemento a las regulaciones principales ya estudiadas.

La *regulación técnica* es aquella determinación que se basa en reglas claras, objetivas, conocidas, aceptadas por fundarse en la ciencia, y gozan de uniformidad que no depende “de la apreciación personal de un sujeto individual”.⁷⁹

Esta regulación establece que el obrar de la Administración, aun en supuestos donde cuente con un margen de discrecionalidad administrativa, no puede contrariar los principios reconocidos y reglas probadas en disciplinas científicas. Ahora bien, respecto de puntos discutibles -porque no hay un solo criterio unificador, o bien distintos informes técnicos no coinciden-, allí sí el margen decisorio de la Administración será mayor. Pero,

⁷⁷ Ibidem; p. X-18

⁷⁸ Ibidem; p. X-19

⁷⁹ Ibidem

según Manuel Diez, la discrecionalidad se reconoce en relación al aspecto administrativo -donde “el agente tiene cierta libertad de apreciación”- y no existe en el aspecto técnico.⁸⁰

En todo caso, el órgano deberá fundamentar su actuación cuando correspondiere y en lo que correspondiere de acuerdo a lo consignado por la técnica.

Gordillo se hace eco de lo afirmado y lo cuestionable, y distingue entre las *reglas estrictamente técnicas* -por lo general indiscutibles e indiscutidas- y los *aspectos técnicos susceptibles de controversia*:

En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica lo que la administración ha hecho o pretende hacer es indubitavelmente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda y los mismos técnicos no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.⁸¹

Por su lado, la *discrecionalidad cero* -acogida por juristas españoles- es utilizada cuando la norma, en la regulación de ciertos ámbitos de la realidad, emplea conceptos indeterminados o de difícil determinación en cuanto a su exactitud, pero que sirven como estándares para actuar en casos concretos, quedando relegada la facultad discrecional de la Administración, y debiendo esta ajustar su comportamiento en consonancia con las pautas provistas por la norma.

Para Gordillo, la enunciación de este tipo de conceptos “no permiten una determinación exacta”, pero “sí pueden ser precisados en oportunidad de su aplicación” por aludir a supuestos concretos. Así, identifica a modo de ejemplo “conceptos de experiencia -fuerza irresistible- o de valor -justo precio, estándares del buen padre de familia o del buen hombre de negocios-”.⁸²

En dichos casos, no hay discrecionalidad, ya que se prevé una única solución justa y posible. Verbigracia: hubo actuación diligente del buen padre de familia, o no la hubo; el precio es justo, o no es justo.

⁸⁰ Diez, Manuel María; El acto administrativo, Buenos Aires, 1956, p. 113, 114. Citado en: Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1, op. cit., p. X-20

⁸¹ Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1, op. cit., p. X-19

⁸² Ibidem; p. X-21

III.F) Conclusión de la competencia reglada

El aspecto reglado, referido a la conducta del órgano administrativo, puede presentarse en diversas formas: directa, indirecta, residual, técnica y estandarizada.

Tanto para la Administración como para el administrado, el hecho de que exista el aspecto reglado es importante pero no suficiente: se requiere, además, su expresión mediante reglas objetivas –que definan conductas en aras de alcanzar resultados coherentes con los principios y derechos, desechando la arbitrariedad-, y transparentes –sancionadas y promulgadas, que prohíban al operador jurídico valerse de ellas para encubrir lo no declarado-.

No es simplemente cuestión de tener reglas, ni siquiera de tener reglas claras –un sistema puede tener reglas perfectamente publicadas, y que estas sean tan entendibles como arbitrarias-; sino de concebir estas reglas como límites a la actuación de la autoridad pública, y garantes de los derechos de los administrados, en cuyo beneficio y protección debe erigirse una Administración idónea.

IV. Competencias discrecionales

Se ha dicho que la facultad discrecional de la Administración Pública conlleva el margen de apreciación que tiene el funcionario actuante, en una situación dada, para optar entre dos o más opciones previstas en la normativa o habilitadas por ella, todas igualmente válidas, y cuya elección se decide de acuerdo al criterio que sopesa la oportunidad y conveniencia.

También fue anticipado que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y de hacer lo que le venga en gana a la Administración sin ningún tipo de ataduras ni fundamentación, como si esta flotara por encima del ordenamiento jurídico. La actividad discrecional tiene límites que la encausan, los cuales, de ser eventualmente violados, habilitan el examen de la conducta y la declaración de invalidez.

A diferencia del procedimiento reglado -donde las violaciones resultan “de la mera confrontación del acto con la norma legal-, en la actividad discrecional -donde hay un grado de libertad para que el órgano administrativo aplique su criterio- los límites pueden resultar difusos, y aparecer mediante expresiones “elásticas, vagas, imprecisas”.⁸³ Es por ello que, en relación al encausamiento de la conducta dentro de los límites, se

⁸³ Ibidem; p. X-26

requerirá “una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión”.⁸⁴

A continuación, se reconocerán y analizarán dichos límites a la discrecionalidad administrativa.

IV.A) Razonabilidad

En sentido general, lo razonable es lo adecuado a la razón, lo que va conforme con ella.

Proyectada en el mundo jurídico, Néstor Sagüés clasifica la razonabilidad en tres tipos: *normativa*, que implica coherencia entre las normas legales con las normas constitucionales; *técnica*, que es la adecuación entre los fines que persigue la ley y los medios empleados para conseguirlos; y *axiológica*, que demanda una base de justicia intrínseca en las normas, de modo que se tachan de inconstitucionales aquellas notoriamente injustas.⁸⁵

A efectos de comprobarse que la norma cumpla con dichos estándares, en doctrina y jurisprudencia se propone la realización de un *test de razonabilidad*. Ignacio Boyle expresa que en “el análisis de razonabilidad, no solo debe comprobarse que la solución jurídica adoptada por la administración tienda al cumplimiento de la finalidad establecida por el ordenamiento jurídico, sino que además, la misma debe tender al cumplimiento de la finalidad de una manera proporcionada, y la forma de realizar este análisis es desde las pautas que brinda el sentido común”.⁸⁶

Por su parte, Verónica Soriano apunta: “En caso de que la norma jurídica no supere el “examen de razonabilidad”, arrojando un resultado negativo, ésta podrá dar lugar

⁸⁴ Ibidem

⁸⁵ Sagüés, Néstor Pedro; *Elementos de Derecho Constitucional*, Segunda edición, T° II, pág. 700 - 701, Ed. Astrea, Buenos Aires 1997. Citado en: Soriano Zothner, Verónica Paola; “La razonabilidad del accionar estatal y los modelos de control de constitucionalidad”. Sistema jurídico argentino y derecho comparado, Tesis de Posgrado: Especialización en Abogacía del Estado, Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Procuración del Tesoro de la Nación, 2016, p. 12, 13

Link de consulta: [<http://www.saij.gob.ar/veronica-paola-soriano-zothner-razonabilidad-accionar-estatal-modelos-control-constitucionalidad-sistema-juridico-argentino-derecho-comparado-tesis-completa-dacf180229-2018-10-24/123456789-0abc-defg9220-81fcanirtcod?&o=8&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7CTema/Derecho%20administrativo/procedimiento%20administrativo%7COrganismo%7CAutor%7CEstado%20de%20Vigencia%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%7CPublicaci%F3n&t=263>].

⁸⁶ Boyle; *Análisis...*; op. cit.

a que se declare la inconstitucionalidad de la misma considerando que el medio empleado, es considerado inadecuado en relación a la finalidad perseguida”.⁸⁷

Para Gordillo, habrá razonabilidad cuando el acto cuente con adecuado sustento fáctico y motivación. El *sustento fáctico* refiere a los hechos y derecho que son causa de la actuación administrativa, y la *motivación* es la explicitación de la causa o motivo, la expresión de las razones que inducen a emitir el acto. Ergo, será irrazonable y por lo tanto ilegítimo el acto emitido cuando no exprese los fundamentos de hecho o derecho que sustentan la decisión administrativa; no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente o que sean públicos y notorios, o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o no haya proporción entre medios y fines, tomándose medidas excesivas en relación a lo que se quiere lograr.⁸⁸

IV.B) Proporcionalidad

La proporcionalidad, como una manifestación de razonabilidad, importa la adopción de medidas que se ajusten al fin perseguido; apunta a que haya correspondencia entre lo que se aplica y lo que se pretende conseguir.

Carrillo-de la Rosa y Pereira Blanco se explayan al respecto del siguiente modo:

La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); su necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad.⁸⁹

Respecto del tratamiento relativo al principio de igualdad y la procedencia de medidas que importen restricciones, los autores exponen lo resuelto por la Corte Constitucional de Colombia:

⁸⁷ Soriano Zothner; *La razonabilidad...*, op. cit., p. 26

⁸⁸ Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1, op. cit., p. X-27

⁸⁹ Carrillo de la Rosa, Yezid; Pereira-Blanco, Milton; “Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 65-83.

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.05>

En cuanto al contenido del principio, la Corte Constitucional ha señalado tres elementos que dan forma a este patrón utilizado para establecer la exequibilidad de las medidas legislativas que limitan derechos fundamentales: i) idoneidad, en cuya sede es preciso establecer la existencia de un fin constitucionalmente legítimo al cual se encuentre orientada la restricción objeto de control y, en segundo término, que el instrumento ideado, esto es, la restricción misma, resulte adecuado para la consecución de dicho propósito; ii) necesidad, momento en el cual se analiza la eventual existencia de otros medios que supongan una limitación menos severa al derecho fundamental, y iii) proporcionalidad en sentido estricto, en donde se indaga por la relación entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.⁹⁰

En cuanto al sistema argentino, Gordillo considera el decreto-ley 19.549/72, y describe que se presentan tres aspectos de la proporcionalidad: entre el fin de la ley y el fin del acto; entre el fin de la ley y los medios empleados en el acto; y las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene.⁹¹

Sea cual sea el criterio definidor de proporcionalidad que se adopte, el común denominador de todos ellos es que en la actuación administrativa lo adecuado es la correspondencia entre lo que se hace y lo que se busca, de manera que no se incurra en costos y daños innecesarios.

IV.C) No desviación de poder

José A. López Mendoza apunta que el surgimiento del instituto de la *desviación de poder* se debió a “la elaboración y doctrina de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, al conocer sobre los recursos promovidos en vía de *excès de pouvoir*”.⁹²

En la doctrina francesa, Maurice Hauriou definió la desviación de poder como “el hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia, con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa su

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1, op. cit., p. X-29

⁹² López Mendoza, José A.; *La desviación de poder*. En: Alonso Regueira, Enrique M., dir.; *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes, Buenos Aires, 2014, p. 302

poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio”.⁹³

En España, el instituto es definido por la Ley 29/1998, concerniente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.⁹⁴

Por su lado, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo clasifica la desviación de poder en *positiva* (existe cuando se utiliza una potestad para un fin distinto del previsto en la norma jurídica para beneficiar a un sujeto determinado) y *negativa* (existe cuando se utiliza una potestad para un fin distinto del previsto en la norma jurídica para perjudicar a un sujeto determinado).⁹⁵

En la doctrina argentina, Gordillo describe las siguientes conductas desviadas y por lo tanto ilegítimas de la Administración: a) actuar con un *fin personal* (como venganza o favoritismo); y b) actuar con un *fin administrativo*, pero no el querido por la ley (por ejemplo, la norma sanciona infracciones con multas para evitar la comisión de nuevas infracciones, pero el acto que las aplica busca recaudar fondos para destinarlos a obras comunales).⁹⁶

En definitiva, la desviación de poder se produce cuando existe una normativa jurídica reguladora de la Administración; una atribución de potestad para que el órgano administrativo actúe; y una conducta suya impropia, que persigue objetivos distintos a los previstos en la norma. El límite al obrar administrativo discrecional se traza al censurarse la conducta desviada que, por perseguir fines peculiares, se aparta del fin público previsto en la norma.

⁹³ Hauriou, Maurice; *Précis de droit administratif et de droit public général*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, París, 1900. Citado en: Fierro Rodríguez, Diego; La desviación de poder en el Derecho Administrativo

Link de consulta: [<http://www.eljurista.eu/2014/12/01/la-desviacion-de-poder-en-el-derecho-administrativo/>].

⁹⁴ Fierro Rodríguez; La desviación..., op. cit.

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1, op. cit., p. X-29

IV.D) Buena fe

Miguel Alejandro López Olvera, desde la doctrina de México, explica en relación a los principios del procedimiento administrativo que “cualquier principio general de carácter normativo, congruente con el espíritu del sistema, puede ser empleado con fines hermenéuticos o de integración”, entre ellos el principio de *buena fe*.⁹⁷

Este último, acorde a Luis Díez-Picazo, es “un estándar o modelo ideal de conducta social” que refiere al comportamiento leal entre partes en la fase previa a la constitución de relaciones jurídicas, y en la fase de desenvolvimiento de tales relaciones.⁹⁸

Según Gordillo, el órgano administrativo viola el principio actuando de mala fe cuando utiliza “artilugios o artimañas -por acción u omisión, incluso el silencio- para llevar a engaño o error a un particular (...)”.⁹⁹

Por lo tanto, el obrar discrecional impregnado por el principio de buena fe es aquel donde la Administración actúa habilitada por la norma jurídica para elegir entre opciones legalmente válidas, pero limitada a llevar una conducta honesta y transparente que no induzca al error ni mienta o engañe al administrado.

IV.E) Alterum non laedere

Comúnmente traducido como “no dañar a otro”, el principio *alterum non laedere* integra la tríada de *iuris praecepta* del jurisconsulto romano Ulpiano.

Ahora bien, acorde a la investigación de Alfredo Di Pietro, la expresión es más profunda que lo señalado en la traducción:

Para la mentalidad de los juristas romanos, en toda situación litigiosa, existe una cierta situación de enfrentamiento, es decir impura o de enfermedad, pudiendo establecerse analógicamente que todo litigio expresa un estado impuro o enfermo comparado con la situación óptima o máxima que es la de la justicia. Y es a quien administra justicia a quien se le encomienda poner las cosas en su lugar purificando esa situación impura y reestableciendo mediante la *iuris dictio* el orden jurídico.

⁹⁷ López Olvera, Miguel Alejandro; *Los principios del procedimiento administrativo*. En: Cienfuegos Salgado, David. *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 178

⁹⁸ Díez-Picazo, Luis, “Prólogo”, en Wieacker, Franz, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1982, p. 11-13. Citado en: López Olvera; *Los principios...*, op. cit., p. 195, 196

⁹⁹ Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1, op. cit., p. X-30

Con lo cual, llegados a este punto, podemos afirmar que el sentido del *laedere* es mucho más amplio que el mero *damnare*. Así, la expresión “*alterum non laedere*”, cobra entonces más fuerza, pues no se reduce a lo que podríamos entender como no dañar, sino que viene a significar un “no lidiar”, “no pugnar” con los demás, entendiendo que la paz es uno de los fines del derecho.¹⁰⁰

Valga decir, como directriz de justicia y principio rector de relaciones jurídicas, *alterum non laedere* propugna el mantenimiento de la paz entre prójimos y los vínculos respetuosos de los derechos.

En tanto límite a la discrecionalidad, Gordillo lo entiende como el precepto de “no perjudicar a nadie, a menos que exista algún fundamento legal suficiente y razonable, con adecuado sustento fáctico, que lleve a admitir una excepción al principio jurídico general”.¹⁰¹

No puede servirse la Administración de su posibilidad de elección para causar daños indebidos al particular. El único perjuicio soportable es aquel que se encuentra justificado por la previsión normativa, y cuando los hechos por los que procede están debidamente acreditados por el órgano administrativo.

IV.F) Conclusión de la competencia discrecional

La ley permite que en ciertas y determinadas ocasiones la Administración Pública pueda actuar, no mediante un único modo de proceder indicado por la norma mandante, sino eligiendo entre distintas posibilidades contempladas o considerables, todas ellas igualmente válidas y legítimas.

Ello no quiere decir ni por un segundo que en tales supuestos electivos el órgano administrativo se sitúe por encima o por fuera del ordenamiento jurídico para actuar sin más parámetro que su propio criterio. Cada posibilidad electiva está efectivamente regulada o resulta analizable a la luz de los principios y las normas del ordenamiento. Queda a discreción del actuante cuál de ellas tomar; pero no se somete a su discreción el estándar de la decisión, el camino recorrido mediante ella, ni los fines legales perseguidos, todo lo cual goza de cobertura reglada en el sistema normativo.

¹⁰⁰ Di Pietro, Alfredo; Sobre el principio “*alterum non laedere*”

Link de consulta: [<https://www.abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508>].

¹⁰¹ Gordillo; *Tratado...*, Tomo 1, op. cit., p. X-31

Vale decir: la discrecionalidad *no exceptúa*, más bien *exhorta* a la Administración a que se mueva dentro del marco del Estado de Derecho, extremando precauciones y conciencia de responsabilidad al actuar con mayor libertad y un margen de apreciación, lo cual ha de aprovecharse en pro del cumplimiento de fines públicos previstos en la norma, y no como plataforma de violaciones legales, extralimitación de funciones y avasallamiento de derechos.

V) Conclusión

Habiéndose examinado ya conclusiones tanto de la competencia reglada como de la competencia discrecional de la Administración Pública, simplemente resta agregar a modo de conclusión general que cualquiera sea la competencia de que se trate según la mentada clasificación, la Administración Pública sigue un camino trazado en aras de alcanzar finalidades que repercutan positivamente en los derechos de los administrados y no desborda las limitaciones que marcan lo que le corresponde. Mediante reglas explícitas indicativas de conducta, o permitiéndose mayor cintura para moverse dentro de un espacio delimitado, la Administración se atiene a Derecho y el Derecho obliga a la Administración.

Capítulo 7. Estabilidad del empleo público

I. Introducción

Uno de los temas sobre el que más puede polemizarse entre quienes propugnan un sistema de Estado reducido con respectiva Administración limitada, y aquellos que se recuestan en un sistema de Estado amplio con prerrogativas y régimen exorbitante, es el de la *estabilidad del empleo público*. Paradójicamente, no existe demasiado material de debate al respecto. Sí hay abundante bibliografía descriptiva de la estabilidad, pero no tanta bibliografía desafiante o que al menos retrate ambas posiciones invitando al cuestionamiento.

El objetivo del presente capítulo es poner en tela de juicio tal principio jurídico, a la luz de atendibles críticas de fondo y comparaciones con el empleo privado, y mediante fundamentación en observaciones teóricas y prácticas.

II. Conceptualizaciones y marco legal

En este apartado se presentarán y conjugarán las definiciones existentes de la estabilidad en doctrina y textos legales, y se expondrá el marco normativo consagrador del principio.

II.A) Definiciones

Una definición de estabilidad la encontramos en el artículo 36 de la Ley 471/00 sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se explica que es el derecho de los trabajadores de planta permanente “a conservar el empleo hasta que se encuentren en condiciones de jubilarse”.¹⁰²

¹⁰² Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 471

Link de consulta: [<http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley471.html>].

Alberto M. Sánchez entiende que la estabilidad es “la garantía por la cual los empleados públicos tienen el derecho de permanecer en sus respectivos cargos sin ser apartados de los mismos mientras dure su buena conducta”.¹⁰³

Claudia González Segarra complementa la explicación afirmando que tal derecho del personal permanente incluye la conservación del nivel escalafonario alcanzado.¹⁰⁴

Si se integran las tres conceptualizaciones precitadas, puede entenderse a la estabilidad como aquella previsión administrativa atinente a la permanencia de los empleados públicos en su cargo y nivel mientras se mantengan las condiciones normales de ejercicio del empleo -realización de tareas y buena conducta-.

II.B) Reconocimiento en el sistema jurídico

En el ordenamiento jurídico argentino, la estabilidad de los empleados públicos tiene rango constitucional, y se encuentra prevista en el artículo 14 bis de la Ley Suprema: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público (...)”.

Al ser el vocablo “despido” de usual utilización en el ámbito del Derecho Laboral, y encontrarse explícitamente mencionado el empleado público cuando se habla de estabilidad, puede inferirse que la primera protección se estipula para los trabajadores del sector privado, mientras que la última se consagra en beneficio exclusivo de los trabajadores del sector público.

A su vez, la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164 determina en su artículo 16 que la estabilidad es un derecho de las personas vinculadas laboralmente con la Administración Pública Nacional –según el régimen bajo el que hubieren ingresado-, y en el siguiente artículo menciona que aquella comprende el “derecho a conservar el empleo, el nivel y grado de la carrera alcanzado”.¹⁰⁵

¹⁰³ Sánchez, Alberto M.; Hacia un nuevo concepto de la estabilidad del empleado público. En: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 361, Buenos Aires, 2011

¹⁰⁴ González Segarra, Claudia; Un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema; alcances del fallo Madorran, IV Congreso Argentino de Administración Pública, “Construyendo el Estado Nación para el crecimiento y la equidad”

Link de consulta: [<http://www.asociacionag.org.ar/pdfcap/4/Gonz%C3%A1lez%20Segarra,%20Claudia.doc>].

¹⁰⁵ Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164

Link de consulta: [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>].

III. Jurisprudencia: de la estabilidad impropia a la estabilidad propia

La estabilidad no siempre ha sido concebida de la misma manera y con el mismo alcance. En materia jurisprudencial, el camino adoptado por los jueces demuestra el fortalecimiento paulatino del principio hasta llegar a su actual entendimiento.

Antiguamente, a la estabilidad del empleo público se le asignaba el carácter de *impropia*. En el fallo “Enrique”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó que la estabilidad no era absoluta, sino susceptible de reglamentación legal mientras fuera razonable.¹⁰⁶ En “Tornese”, aclaró que la estabilidad importa “el derecho a una equitativa indemnización cuando, por razones que son de su exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado sin culpa de este último”.¹⁰⁷ Es decir, el principio quedaba sujeto a las reglas jurídicas que lo contornearan y reducido al deber del Estado de indemnizar a los empleados públicos cuando invocaba razones particulares para removerlos de sus puestos.

Con el paso del tiempo y el cambio en su composición, el Máximo Tribunal nacional ajustó sus criterios respecto de la estabilidad, considerándola como *propia*: con plena operatividad, aunque no hubiese norma reglamentaria; y, además, se endureció el criterio para suprimir un cargo o remover a quien lo ocupa.

La concepción vigente hoy en día es la estabilidad propia. Para cesantear a un empleado público, el Estado requiere invocar una causal válida de remoción; se proscriben las decisiones discrecionales infundadas; y el empleado separado indebidamente debe ser reincorporado.

Caso paradigmático de aplicación del carácter propio de estabilidad resultó ser “Madorran”, donde se ordenó la reincorporación de una empleada a la Administración Nacional de Aduanas tras ser despedida bajo el régimen del convenio colectivo 56/92, que permitía despedir sin invocación de justa causa, pero con indemnización.¹⁰⁸

Para despedir efectivamente no alcanza con indemnizar, ampararse en reglamentaciones no exigentes de justa causa, o invocar causas no reputadas como justas. Debe

¹⁰⁶ CSJN, “Enrique, Héctor Maximino c/ Pcia de Santa Fe”, 3/5/1965, La Ley Tomo 119, p. 141

¹⁰⁷ CSJN, “Tornese, Armando A.”, 8/11/1968, La Ley Tomo 139, p. 71

¹⁰⁸ CSJN, “Madorran, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas”, 2007

Link de consulta: [<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-madorran-marta-cristina-administracion-nacional-aduanas-reincorporacion-fa07000252-2007-05-03/123456789-252-0007-0ots-eupmocsollaf>].

hacerse con justa causa e indemnización, en el marco de un ordenamiento jurídico cuya orientación resulta favorable a la estabilidad propia del empleo público.

III.A) Argumentación a favor de la estabilidad

Los argumentos en favor de la estabilidad del empleo público se resumen en dos focos principales: permitir el desarrollo de una *carrera administrativa*; y evitar la *arbitrariedad del Estado* en el relleno de los puestos de trabajo en la Administración.

El primero apunta a que el empleado -sintiéndose inamovible en la plantilla estatal gracias a la protección legal- pueda proyectar a futuro, y vaya especializándose y avanzando en puestos y conocimiento con el correr de los años. Esto sucede cuando un empleado arranca su camino administrativo en una categoría baja, va transformándose en experto durante el trayecto, y puede jubilarse en un escalafón muy superior que da cuenta de todo lo aprendido y trabajado en pro del orden público.

El segundo previene que -con los sucesivos cambios de Gobierno- la nueva Administración arrase con los empleados de antigüedad y ocupe los cargos con gente propia; utilice el empleo público “como sostén de cuadros partidarios”; y desate una “persecución política de los opositores”.¹⁰⁹ Supuestos que se verifican cuando la Administración deja de lado el criterio de idoneidad, y remueve empleados que llegaron durante el período de gobierno de otra fuerza política simplemente porque los asocia política e ideológicamente a dicha fuerza; aprovecha para repartir nuevas designaciones entre militantes del propio partido político; utiliza los cargos como repositorio ideológico sin considerar las habilidades de los ocupantes; o incluso percibe los puestos como la oportunidad de devolver favores a aportantes de campaña o colaboradores con el triunfo electoral.

III.B) Argumentación en contra de la estabilidad

A continuación, se exhibe la argumentación aquí sostenida en contra de la estabilidad, y se intenta rebatir las defensas esbozadas en su favor.

Acerca de la carrera administrativa, la estabilidad -en tanto principio legalmente implementado- significa un *deseo* de promoverla, pero no puede encarnar una *necesidad* de asegurarla ni una *garantía* de perfeccionarla.

¹⁰⁹ Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 114

Un deseo es una aspiración, pero en sí mismo considerado nada dice acerca de los medios a implementar para obtener su realización. Por ende, corresponde analizar las vías mediante las cuales se quiere materializar lo propuesto. En el caso de marras, el deseo consiste en empleados públicos con carrera administrativa y el medio para lograrlo es la estabilidad. Pero tal medio no luce apropiado. Véase por qué.

En principio, si la *idoneidad* es el requisito para el acceso a un cargo público, la lógica indica que debe ser el mismo para la permanencia en el cargo de que se trate. Alguien debe ocupar un lugar en la Administración en la medida en que mantenga -o bien mejore- sus condiciones laborales, que le dieron la posibilidad de ocupar ese lugar en primera instancia. La idoneidad de quien tiene un puesto en la Administración puede entenderse como incluyente tanto de las capacidades laborales como de la buena conducta. Si a ello se le suma estabilidad propia, y no se quiere caer en redundancia, pareciera que esta última viene a enfocarse en otra cosa, y ello se percibe en la estructura de los Estados siempre crecientes: el empleo público se mantiene simplemente porque uno ya es parte de la Administración, sin reparar en las capacidades laborales.

No hay una necesidad de protección adicional para el empleado público que quiere seguir siendo parte de la Administración, en la medida en que se obligue a esta última a respetar el criterio de idoneidad en el nombramiento y ocupación de cargos públicos. Utilizada como una excusa y no como una razón, la carrera administrativa es el escudo tras el cual las Administraciones resguardan empleados públicos sin que interese rendimiento ni superación, y la estabilidad es la carta a jugar para argumentar que no pueden ser removidos. Con ello se esconde clientelismo, intercambio de favores, y facturación de militancia mediante el erario público.

Tampoco se percibe que la estabilidad sea una garantía de mejora. Al contrario, es moneda corriente observar respecto de puestos públicos -al menos en la dejadez imperante en amplios sectores estatales del tercer mundo- la falta de capacitación, y peor aún, la falta de motivación de sus ocupantes para capacitarse. Ciertas dependencias estatales son antros de mediocridad que no cumplen función esencial alguna, y su objetivo es contener partidarios de la fuerza política gobernante. Eso se fomenta precisamente con la estabilidad, entendida como el aseguramiento de un puesto público de trabajo sin necesidad de perfeccionamiento, y el cobro *ad eternum* de un sueldo fijo proveniente del Estado, ente público cuya permanencia se proyecta en el tiempo -visto como aquel que nunca va a desaparecer, al contrario de las empresas privadas sujetas a las contingencias del ámbito

comercial-. *Ceteris paribus* los incentivos apuntan al relajamiento de quien está asegurado pase lo que pase, y que eventualmente avanzará en el escalafón por el tiempo transcurrido y no por la calidad de los servicios prestados.

La situación opuesta al personal administrativo se da en el mercado, donde no hay estabilidad. La gente se juega día a día su patrimonio intentando complacer clientes y conseguir socios. Los incentivos están puestos en dirección a ganar y ratificar lo conseguido, de manera que se apunta al progreso y la especialización. Hay tantas promesas de triunfo como riesgos de pérdidas, y la alternativa es mantener el negocio a flote o irse a la quiebra. Esto no quiere decir que el mercado sea una locura infernal, sino que refleja la situación de verdadera exigencia en torno a la idoneidad y la superación sin que se tome por sentado el ingreso económico permanente.

El argumento sobre la arbitrariedad y persecución en los nombramientos y las remociones despierta alarmas y requiere de igual atención. El problema que se halla al respecto es que, más allá de la loable intención de proteger a quienes no merecen sufrir ningún tipo de persecución política, la estabilidad genera una inflación insostenible en la plantilla estatal, que impacta en el gasto público y consecuentemente en la economía nacional. El Gobierno entrante, en la medida en que se mantiene el estatismo, siempre aduce que necesita nombrar nuevos empleados; dentro de cada categoría selecciona a “su gente”; y al no poder desmembrarse el cuerpo de empleados ya existente, el efecto a producirse es un considerable aumento del empleo público a expensas de los agobiados contribuyentes. De hecho, para intentar una reelección o bien la continuidad de su proyecto antes de que asuma otra fuerza política, suelen aparecer nombramientos a último momento de ejércitos de empleados públicos, cuyas habilidades no califican como idóneas, y cuyas funciones a cumplir no son esenciales -ni siquiera accesorias-.

Ambos problemas -de idoneidad en relación a una carrera administrativa, y de nombramientos en la plantilla del Estado- se interconectan cuando se evalúa la situación privilegiada que se da en torno al empleo público en comparación con el mercado, y la estructura estatal creciente que conlleva mayor financiamiento.

Para evitar la sobrepoblación administrativa, en vez de acumular cada vez más empleados provenientes de sucesivas Administraciones, la vía es establecer que entrantes ocupen el lugar de salientes. ¿Se dificulta proyectar una carrera administrativa? Probablemente. Pero lo mismo pasa en el mercado cuando una empresa cambia de dueño y quiere traer a su propio personal de confianza; o bien cuando el liderazgo sigue, pero proyecta reestructuraciones que implican la salida de ciertos trabajadores. En el mercado

nadie tiene asegurada una carrera, ¿por qué los empleados públicos de la Administración deberían tenerla?

En las Administraciones estatistas se percibe el cambio de empleados con criterio militante. ¿Deben prevenirse esas prácticas, o forma parte del recambio sugerido? Deben evitarse, y el recambio con carácter militante sin reparo en la idoneidad está mal. Pero para abolir las malas prácticas, el camino no es brindarle al trabajador público un privilegio que no se encuentra en el sector privado, sino limitar el accionar de la Administración de tal forma que no pueda cometer arbitrariedades. Para ello es necesario ceñirse al criterio constitucional de idoneidad, y también poner el foco en el empleador público -en lo que tiene en cuenta a la hora de crear y otorgar puestos-.

Existen personas hábiles tanto en el sector público como en el sector privado. ¿Se debe reconocer la habilidad de las primeras de tal forma que resulte perjudicial para las segundas? Si el carácter “público” del empleado es el elemento crucial que se tiene en cuenta para otorgar una estabilidad inexistente en el ámbito privado, como si lo público se elevase sobre lo privado, se está en presencia de una discriminación legal: se le reconoce al empleado público el privilegio de permanecer de por vida en la Administración, y los privados quedan obligados de por vida a pagar las cuentas. La respuesta a la pregunta es *no*.

IV. Nathaniel Branden y el divino derecho al estancamiento

Desde la Filosofía y la Psicología, Nathaniel Branden esbozó con mirada crítica el concepto de *divino derecho al estancamiento*, según el cual la energía y ambición de los individuos creadores y productores de riqueza son ahogadas en beneficio de los que no quieren preocuparse por su propio futuro y creen que la naturaleza les debe “seguridad”. En tal sentido, puntualiza las siguientes consideraciones:

La doctrina del divino derecho al estancamiento demanda:

- Que todos los hombres que realizan el mismo tipo de trabajo deberían recibir igual salario, independientemente de cómo trabajen ni de cuánto produzcan, castigando así al mejor operario en beneficio del incapaz.
- Que los hombres conserven sus puestos, o sean promovidos, no por sus méritos sino por su antigüedad, de modo que el mediocre que ha ingresado antes sea favorecido en perjuicio del talentoso recién llegado, bloqueando así el futuro de éste y el de su potencial empleador.

(...)

- Que se mantenga a los hombres en puestos que se han vuelto innecesarios, ejecutando trabajos que carecen de valor o son superfluos, para que no deban experimentar las dificultades de entrenarse para oficios nuevos.

(...).¹¹⁰

Si bien Branden no escribe pensando específicamente en la Administración Pública -habla del mundo laboral en general-, su descripción encaja a la perfección con los fenómenos observables en el mundo estatal.

Un repaso por las Administraciones de Estados grandes, colectivistas y percibidos como agencias de empleo, permite chequear que muchos funcionarios, burócratas y miembros de la plantilla de empleados públicos profesan la doctrina del divino derecho al estancamiento. Se aferran con uñas y dientes a su silla, porque algo o alguien les debe la seguridad en su puesto, independientemente del rendimiento. Solo que, en lenguaje jurídico, tal *seguridad* se denomina *estabilidad*.

Para el estatismo promotor de la estabilidad, los empleados dentro de la misma categoría deben cobrar igual sueldo, aunque uno trabaje mucho más que otro, porque lo importante es la igualdad escalafonaria, no el rendimiento. El ascenso categorial se lo ganan los que llevan más tiempo en el Estado, aunque otros obtengan mejores resultados, porque lo importante es la antigüedad, no el rendimiento. Los que cumplen funciones anticuadas e improductivas son mantenidos en puestos innecesarios, aunque el Estado podría hacerles lugar en puestos adecuados o suprimir los puestos inútiles, porque lo que importa es garantizar trabajo, no que el trabajo reporte valor.

En este tipo de Administraciones, existen más empleados públicos que empleo público necesario. Y todos ellos pueden ganarse la *planta permanente*, por la cual permanentemente estarán en la plantilla del Estado, aunque su participación no traiga aparejada puntos positivos para el andar estatal y, al contrario, implique mayores desembolsos del erario público perjudiciales para la billetera de los privados.

El Derecho Administrativo del Estado de Derecho Liberal no puede permitir, en sentido jurídico, que se incremente el gasto público para mantener lo innecesario y lo perjudicial; ni debe sustentar, en sentido moral, que se anestesien las aspiraciones de los hombres libres y productivos para mantener la mediocridad de un sistema que atornilla

¹¹⁰ Branden, Nathaniel; El divino derecho al estancamiento. En: Rand, Ayn; *La virtud del egoísmo*, Grito Sagrado, 2006, p. 177, 178

gente a un sector público mediocre e inútil. Los derechos individuales de los administrados no tienen por qué sufrir frente al divino derecho al estancamiento de los administradores.

V. Conclusión

Para un modelo de Estado de Derecho disciplinado en la contabilidad, garante de la igualdad ante la ley, y no obstaculizador del libre mercado, es preferible una Administración saludable y limitada sostenida por contribuyentes con cargas livianas, que un aparato burocrático coercitivo, devorador y hambriento de más, sostenido por contribuyentes legalmente expoliados.

En la primera opción, no existe la estabilidad propia en el empleo público, y puede darse una rotación de empleados que estarán unos años en el sector público cobrando del Estado, y otros años en el sector privado generando riqueza.

En la segunda opción, a un grupo permanente del sector público se le irá sumando cada vez más gente improductiva; y un grupo de privados estará obligado a perpetuidad a financiarlo bajo una presión tributaria asfixiante.

Esto último es lo que consigue la implementación del principio de estabilidad del empleo público. *Jurídicamente* es cuestionable porque otorga un privilegio al sector público mediante una institución que no se halla en el sector privado y obliga a la mantención de un creciente aparato estatal. *Económicamente* es inviable porque tiende al aumento del gasto público y de los sacrificios puestos en cabeza de los contribuyentes, lo que deteriora las fortunas privadas. *Moralmente* es atacable porque un grupo de personas adquiere el status preferencial de ser mantenidas de por vida, aunque cumplan funciones innecesarias o inaceptables, mediante financiamiento forzoso de parte de la ciudadanía.

Capítulo 8. Contratos de la Administración

I. Introducción

Entre esos debates doctrinarios que nunca parece zanjados se encuentra el atinente a los contratos celebrados por la Administración Pública. La pregunta movilizadora sería: los contratos de la Administración... ¿son *realmente* contratos?

Quizá el solo hecho de llamarlos *contratos* –cuando es su naturaleza misma la que está puesta bajo la lupa de la discusión- ya implique de antemano una toma de posición, aunque ello no es lo pretendido en esta oportunidad. Entonces, para no caer en preconceptos ni en una falacia de petición de principio, en las presentes líneas introductorias simplemente se utilizará la palabra “contrato” en atención al uso común, la implementación legal, y a falta de otra palabra jurídica específica que sea mejor y signifique más o menos lo mismo.

Se ha argumentado tanto en contra como a favor si lo que el poder administrativo acuerda con otras personas físicas o jurídicas es efectivamente o nunca puede llegar a ser un contrato en el estricto sentido jurídico del término. Sin pretender cerrar una cuestión en la que titanes de la intelectualidad se han enfrentado durante décadas, la tarea de marras se resume en arrojar un poco de luz sobre las posiciones, y ensayar una posible noción que contribuya al fortalecimiento teórico del tema *sub examine*.

II. El contrato en general

En sentido genérico, el contrato es un acuerdo de voluntades celebrado entre partes que quieren regular derechos y obligaciones. Como los involucrados convienen que van a someterse a lo estipulado, nace el famoso aforismo *lex contractus, pacta sunt servanda*, cuyo significado expresa que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes.

II.A) El contrato civil

La definición jurídica específica contenida en el ordenamiento legal argentino se encuentra en el art. 957 del Código Civil y Comercial: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.¹¹¹

El consentimiento indica que los interesados actúan con discernimiento, intención y libertad; y la relación jurídica patrimonial define el campo de acción sobre el cual puede celebrarse el acto, que excluye materias indisponibles.

II.B) El contrato administrativo

Por contrato administrativo se entiende “un acto de Declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente público estatal o no”.¹¹²

La primera particularidad que debemos destacar -desprendida directamente de la noción esbozada-, es que al menos una de las partes es un órgano perteneciente al Estado y ejerce poder administrativo.

La segunda, que ya implica una reflexión doctrinaria y legal, es la posición de la Administración en el asunto: ¿hay una efectiva igualdad frente al administrado cocontratante, o prima la posición estatal? Abundante doctrina ha tomado partida por esto último. De ahí que ciertos autores caractericen este tipo de contrato como uno con desigualdad jurídica y cláusulas exorbitantes en favor de la Administración. Por el contrario, entre quienes defienden la primera visión, se cuentan los reivindicadores de la igualdad jurídica y la tendencia hacia un régimen no exorbitante de garantías contra intentos unilaterales de manipulación de los términos contractuales. Sobre esto se volverá más adelante.

III. Aplicación del contrato administrativo

El debate sobre el contrato administrativo puede proyectarse a dos ámbitos de aplicación: el que se celebra en relación al empleo público, y el que se celebra en relación a sujetos privados.

¹¹¹ Código Civil y Comercial de la Nación
Link de consulta: [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>].

¹¹² Manzanedo, J.; Hernando J.; Gómez Reino, E.; *Curso de Derecho Administrativo Económico*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970

III.A) En relación al empleo público

¿Existe o no naturaleza contractual en el vínculo del Estado con sus empleados?

Según José Luis Miolano, algunos autores “entienden que el empleo público constituye una suerte de relación estatutaria” y el consentimiento pierde trascendencia, primando la noción de declaración unilateral del Estado luego consentida por el contratado.¹¹³

El criterio contrario, al cual se enrola el propio Miolano, es expuesto por Agustín Gordillo: “...si un contrato existe cuando dos o más personas hacen una declaración de voluntad común destinada a regir sus derechos, no vemos cómo puede negarse al acuerdo de voluntades entre la Administración y su agente, respecto de sus derechos y obligaciones recíprocos, la naturaleza de contrato”.¹¹⁴

III.B) En relación a los particulares

¿Existe o no naturaleza contractual entre el poder administrador y los sujetos privados?

El Estado contrata con particulares -personas físicas o jurídicas- para la prestación de servicios públicos, construcción de obras de interés general, y todo aquello atinente a la satisfacción del bien común que no desarrolla por sí mismo sino mediante terceros.

Ahora bien, ha de observarse, a efectos de determinar el tipo de relación establecida, si el Estado renuncia o no a su alegada superioridad jurídica sobre los particulares en tanto ente promotor del bien común.

Una Administración que quiere conservar sus facultades y prerrogativas para modificar unilateralmente los términos del acuerdo de voluntades, valiéndose de su supuesta representación del interés general, ¿está concretamente “contratando”, o está vinculándose mediante otra figura?

Oscar Cuadros esgrime que al Estado se le presenta una “opción irreductible” frente a la legalidad convencional, por la cual deberá efectuar una elección: “a) Asume su existencia como ámbito normativo específico y se somete a su operatoria, según las

¹¹³ Miolano, José Luis; Los Convenios Colectivos de Trabajo en el ámbito de las Universidades Nacionales, De Lege Ferenda, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales

¹¹⁴ Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003. Citado en: Miolano, José Luis; Los Convenios Colectivos...; op. cit.

características señaladas en la norma antes perfilada; o bien, b) Afirma su incompatibilidad con el ejercicio del poder administrativo y elige vincularse con las empresas por medio de leyes, reglamentos y actos administrativos (técnicas unilaterales de licencia, permiso, autorización, etc.)”.¹¹⁵

En este sentido, la Administración solamente puede optar por uno de dos escenarios posibles, ya que ambos son mutuamente excluyentes: o contrata y se somete a lo acordado como ley entre las partes; o bien elige preservar sus prerrogativas y actos unilaterales y se relaciona con los particulares de otra manera, renunciando a la modalidad de contratación.

IV. Precaución epistemológica con repercusión jurídica

La epistemología -en tanto rama de la Filosofía encargada de estudiar la naturaleza del conocimiento y la formación de conceptos- requiere una estricta disciplina a la hora de conceptualizar, si lo que se pretende es lograr una objetiva descripción de la realidad. Con ello en mira, no deben relativizarse palabras y significados -sea para beneficio de posiciones propias o desmerecimiento de ajenas, sea para evitar la utilización de otros términos políticamente incómodos o menos populares-.

Dentro del ámbito jurídico, tomar precauciones epistemológicas mediante correctas conceptualizaciones repercute exitosamente en la identificación y delineamiento del sistema legal -las instituciones constitucionales, competencias administrativas, tipos penales, contratos civiles, etc.-. Por ejemplo, el *Estado de Derecho* importa el gobierno de la ley y la división de poderes; y mal se haría en llamar de la misma manera a un Estado donde impera el arbitrio personal del gobernante que concentra funciones, situación que corresponde ser identificada como *Autocracia*.

En el caso de marras, debe llamarse contrato al acuerdo de voluntades que cumple con sus notas características, y no esconde imposiciones unilaterales que modifican y desequilibran la relación entre partes.

De ello se deriva un razonamiento consonante con el planteamiento del Dr. Cuadros: para contratar, la Administración debe respetar tajantemente el principio de legalidad convencional. Si su intención es otra, y pretende exorbitancia y unilateralismo, su

¹¹⁵ Cuadros, Oscar A.; El Estado y la legalidad convencional. En: Universidad Austral, Facultad de Derecho; *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014, p. 13

vinculación con el particular no debe vehiculizarse a través de contrato, sino mediante acto administrativo, reglamentación, o el medio que elija para consolidar la relación.

No puede bastarse epistemológicamente la noción de “acuerdo de voluntades” y tildar una vinculación de “contrato”, cuando lo que en rigor de verdad sucede es que se concede a una parte el privilegio especial de modificar el vínculo según su exclusiva voluntad y con prescindencia de la voluntad de la contraparte.

V. Conclusión

Mientras el Estado conserve entre sus finalidades la prestación de múltiples servicios públicos esenciales y la construcción de obras públicas que requieran desarrollo particular/empresarial para concretarse, tendrá que recurrir a una figura como el contrato. Pero el Estado, por el mero hecho de ser Estado, no puede válidamente inclinar la balanza a su favor mediante privilegios y exorbitancia.

El contrato como tal no queda proscripto para una Administración deseosa de vincularse con particulares en aras del cumplimiento de sus objetivos; lo que está vedado es la relativización y el abuso sobre tal vehículo para afianzar -más o menos subrepticamente- una imposición unilateral de voluntad.

En definitiva, pueden celebrarse contratos administrativos entre Administración y particulares, en la medida que sean verdaderos acuerdos de voluntades destinados a regir derechos y obligaciones, y hayan nacido del pleno consentimiento entre partes. Pero esto podrá efectivizarse únicamente si el poder administrador abraza la legalidad convencional, y desecha -al menos para esos vínculos específicos- el ejercicio de su alegada superioridad jurídica.

De modo que la denominación “contrato administrativo” no debe hacer alusión a un tipo especial de contrato que por ser *administrativo* consagre privilegios especiales e imposiciones unilaterales en favor de la Administración, sino simplemente a una identificación de un contrato donde interviene la Administración en relación a asuntos administrativos.

Si bien filosófica y epistemológicamente puede concederse, desde cierto ángulo de análisis, que hay acuerdo de voluntades aun en el supuesto donde una parte conviene con otra que esta tenga la potestad de efectuar modificaciones unilaterales al asunto en común -ya que presta su consentimiento a la consolidación de tal situación-, jurídicamente se procura evitar el trastocamiento de instituciones, puesto que los contratos en cuanto

tales reúnen una serie de características legales distintas a las meras disposiciones unilaterales de voluntad provenientes de autoridad administrativa.

Capítulo 9. Afectación en el dominio público del Estado

I. Introducción

Si se indaga en las abundantes fuentes de la Filosofía Jurídica y las Ciencias Políticas, se encuentra firme literatura que sitúa al origen del Estado como una asociación para defender las propiedades de los ciudadanos.

En vista de tal argumento, la determinación jurídica del dominio público del Estado plantea todo un desafío: justificar *por qué* el ente que nace precisamente para proteger la propiedad privada tiene poder para determinar que ciertas cosas serán consideradas fuera del comercio -es decir, no sujetas al intercambio mercantil de los particulares-. La justificación exige argumentar, a su vez, *por qué* el Estado tiene que ser el titular de bienes no comercializables.

El segundo desafío se deriva directamente del anterior: si existe una justificación para la existencia del régimen de dominio estatal, debe plantearse *cómo debe ser* la afectación de los bienes que pasen a integrarlo.

El primer desafío les corresponde a los filósofos de la ley. El segundo desafío es una cuestión de doctrina jurídica. Habida cuenta de la existencia ideal consolidada del Estado y la regulación de su régimen dominial -compuesto por bienes de dominio público y de dominio privado-, la atención se pondrá en encarar el segundo desafío, con ahínco en el dominio público.

El propósito del presente capítulo, entonces, será abordar el dominio público; principalmente el tema de la afectación como acto que pasa a engrosar el almacén de propiedades del Estado.

II. Dominio público

Rafael Bielsa explica que el dominio público es “un conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad, referidas a una entidad administrativa de base territorial y que no son susceptibles de apropiación privada”.¹¹⁶

En el desglose de lo escrito encontramos los caracteres esenciales de las cosas que pertenecen a esta categoría: A) *afectación*, como acto mediante el cual el bien se enlista en el régimen dominial del Estado; B) *uso directo de la colectividad*, también llamado uso público, es decir, un uso abierto a la ciudadanía que no impone la exclusividad de una titularidad privada en cabeza de un particular; C) *referencia a una entidad administrativa*, en este caso, a la agencia política “Estado”, que ostenta la titularidad de los bienes; D) *no susceptibilidad de apropiación privada*, lo que es lo mismo, poner las cosas fuera del comercio y que dependan solamente de la voluntad expresada en un acto estatal.

Estas notas se reflejan en el Código Civil y Comercial de la Nación, cuando en el artículo 237 establece que los bienes públicos del Estado son “inenajenables, inembargables e imprescriptibles”.¹¹⁷ Los particulares pueden usar y gozar de dichos bienes, pero estos no están sujetos a enajenación, embargo o prescripción adquisitiva, como sí lo están los bienes que se encuentran en el comercio.

III. Afectación

Según Mariucci y Peluso, la afectación es “la incorporación de un bien al dominio público y, a través de ella, el Estado lo pone a disposición de los particulares para su uso general”.¹¹⁸ En consonancia con lo antedicho, los particulares podrán usar el bien, pero no podrá afectarse a transacción comercial alguna, y su titular seguirá siendo el Estado.

Ahora bien, el alcance de la afectación no puede circunscribirse a una mera expresión de voluntad por parte del Estado (*aspecto formal*), sino que -además de plasmarse jurídicamente en el Derecho positivo- debe asentarse en los hechos prácticos (*aspecto material*).

¹¹⁶ Bielsa, Rafael; *Derecho Administrativo*, La Ley, 1954, tomo III, p. 454

¹¹⁷ Código Civil y Comercial...; op. cit.

¹¹⁸ Mariucci, José María; Peluso, Natalia Mariel; El dominio público en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su vinculación con los derechos de incidencia colectiva. En: La Ley, Suplemento Administrativo, septiembre de 2015

Link de consulta: [<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1985.pdf>].

De nada servirían una ley del Congreso o un acto administrativo que dictaminaran la afectación de un bien al dominio público, si dicho bien no estuviera fácticamente abierto al uso y goce de la ciudadanía para cumplir la exigencia del “uso general”.

En sintonía, advierte el Dr. Cuadros que “según doctrina conteste de la CSJN, la afectación de un bien al uso público no puede devenir sólo de una declaración formal, sino que debe existir también una consagración real y efectiva al uso público”.¹¹⁹

IV. Razonabilidad

En este apartado, el objetivo es abordar las exigencias del *principio de razonabilidad* en relación a los bienes que integran el dominio público, tanto en lo referente a la actividad particular como a la actividad estatal.

IV.A) Razonabilidad respecto de la actividad particular

Cuando el Código Civil y Comercial, en el artículo anteriormente referenciado, habla de las cosas del Estado, indica que las personas “tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”.

La norma apunta a que la actividad particular que impacta sobre los bienes del dominio público no sea descontrolada, y que esté sujeta a las reglas que razonablemente imponen la Administración y las leyes.

Para Ricardo Haro, la razonabilidad actúa respecto del ejercicio de los derechos y garantías “fijándole condiciones y limitaciones adecuadas al espíritu y a la letra de las normas constitucionales”, lo que tiende a asegurar “un orden de convivencia más justo”.¹²⁰

IV.B) Razonabilidad respecto de la actividad estatal

La otra cara de la moneda es la razonabilidad proyectada sobre la actividad estatal. Doctrina de gran recepción concuerda que el estándar de razonabilidad subyacente a la

¹¹⁹ Cuadros, Oscar Álvaro; Dominio público y privado del Estado -Una revisión acorde al Código Civil y Comercial-. En: Temas de Derecho Administrativo, marzo de 2017, Errerius, p. 109-145

¹²⁰ Haro, Ricardo; Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Link de consulta: [<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/nuevos-perfiles-del-control-de-ra-azonabilidad>].

determinación estatal de afectar un bien al dominio público es, precisamente, el *uso público*: que particulares puedan usar y gozar del bien, y correlativamente que no se excluyan de su disfrute.

En estas líneas se aprovecha para efectuar una consideración general relacionada al tópico examinado: debe promoverse un sistema que exija con mayor rigor y en todo momento el requisito de la razonabilidad en la afectación para que el bien se consagre efectivamente al uso público.

Son lamentables las cantidades de bienes que acumula un Estado ineficiente, a los que no da buen destino ni frecuente uso, mientras paralelamente pone la lupa en la actividad que se le da a bienes privados. Piénsese en las tierras fiscales improductivas, inmuebles en situación de abandono, y cosas muebles fruto del despilfarro y no de la necesidad, que una Administración Pública desinteresada en la razonabilidad supuestamente titulariza en nombre del interés público. Y piénsese cómo, después de dar ese pésimo ejemplo de cara a la ciudadanía, la misma Administración se vuelve rigurosa y meticulosa en la observación y regulación de terrenos baldíos, lotes sin construir, y bienes muebles de sujetos privados. Lo que no cumple en la propia casa, la Administración quiere forzarlo en casa de los administrados.

A su vez, se observan Administraciones de perfil estatista que constantemente buscan incrementar la cantidad de bienes bajo su régimen dominial, que claman por expropiaciones y vociferan por necesidades, y que una vez que se hacen de ciertas propiedades otrora privadas, el desinterés o la ineficiencia priman relegando la presunta importancia y urgencia de disponibilidad pública a un segundo plano.

A fines de evitar tales situaciones perjudiciales para las finanzas del Estado y el comercio de los privados, la exigencia de razonabilidad no debe agotarse en el acto de afectación; más bien debe mantenerse mientras el bien continúe afectado. Lo que lleva a decir: que el Estado no solamente justifique la afectación en el *momento inicial*; que esté obligado a justificar su *mantenimiento* a lo largo del tiempo.

No exigir que el estándar de razonabilidad sea mantenido a la hora de justificar la afectación continuada en el tiempo -para que el Estado cumpla con proporcionarle a los bienes un destino efectivo abierto a la generalidad de la ciudadanía-, equivale a permitir que el Estado mantenga innecesariamente bienes fuera del comercio, los cuales podrían ser mucho mejor aprovechados económicamente por particulares mediante transacciones y explotaciones mercantiles. Si el Estado se propone garantizar el “uso común” pero no

está haciendo nada al respecto, no habría razón para mantener la cosa en el dominio público. Además, el mercado puede ofrecer mejores perspectivas para el aprovechamiento del bien –aunque no sea para todo el público, sino para una cierta categoría de usuarios y consumidores–, lo cual deja en evidencia que, de no producirse la desafectación, se está frente a un capricho administrativo de poder y no frente a un interés por el bien de la ciudadanía.

Para no tomar el tema a la ligera, es preciso indicar que tal sistema debería concebirse e implementarse mediante reglamentación general con la cautela que el tratamiento de propiedades requiere. Caso contrario, se correría el riesgo de caer en la multiplicación de casuística sin parámetros ni principios de objetividad cada vez que particulares detectasen propiedades públicas ociosas y decidiesen disputárselas judicialmente al titular Estado.

V. Lecciones de la jurisprudencia

Respecto de lo apuntado y aportado, la experiencia jurisprudencial de “Vila, Alfredo Luis c/ Gobierno Nacional”¹²¹ ayuda a que sea visualizado en hechos concretos.

En la Provincia de Mendoza, Argentina, el ciudadano Alfredo Luis Vila poseyó por más de 20 años de manera continua un predio de 31 hectáreas y 9.124,53 metros cuadrados, tras lo cual inició una demanda por usucapión, la cual fue seguida por sus sucesores luego de su fallecimiento.

El predio en cuestión pertenecía al Estado Nacional, y había sido afectado en primer lugar para darle uso militar, y luego para ampliar la ciudad universitaria de la Universidad Nacional de Cuyo (UNC).

El Estado Nacional contestó la demanda, y pidió que se citara en calidad de tercero a la Universidad, la cual también contestó.

Tanto en primera instancia como en la Cámara Federal local, se hizo lugar al reclamo de la demanda, y los demandados llegaron vía recurso extraordinario a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la cual emitió el fallo definitivo.

¹²¹ Vila, Alfredo Luis c/ Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo Nacional

Link de consulta: [<https://www.cij.gov.ar/nota-9867-La-Corte-Suprema-revoc--un-fallo-que-hab-a-otorgado-a-un-particular-la-propiedad-de-un-predio-en-Mendoza.html>].

En esta última instancia, la sentencia resultó favorable al Estado y la Universidad. La CSJN indicó que correspondía distinguir si el terreno en cuestión pertenecía al dominio público o privado del Estado Nacional, ya que la ley establecía que solamente cuando un bien integraba el dominio privado era susceptible de ser adquirido por prescripción.

A su vez, remarcó que la propiedad pública terminaba con la desafectación -la cual modificaba la condición jurídica del bien, tornándolo enajenable, prescriptible y embargable-; y de dicha desafectación se requería “una evidencia absoluta” de haberse producido, por hechos o actos administrativos.

Para la Corte, no existió un acto formal de desafectación, sino que hubo “una continuación del uso público del bien, toda vez que el Estado Nacional transfirió el predio en litigio -oportunamente afectado al uso militar del Ejército Argentino- a favor de la UNC con el objetivo de ser destinado al uso educativo”.

Por lo tanto, el Máximo Tribunal resolvió: “...si no se ha acreditado de manera suficiente que mediaron por parte de Estado Nacional actos o hechos que importarían la desafectación de los predios que ocupa, resulta improcedente el instituto de la usucapión, por lo que corresponde rechazar la demanda”.

Del caso Vila se obtienen importantes enseñanzas a ser consideradas bajo los parámetros indicados en el presente capítulo, tanto respecto de lo jurídico como de las ideas orientadoras.

Primero, las reglas -tanto para afectar como para desafectar bienes- tienen que ser claras, para el mejor entendimiento de todos.

Segundo, en base al ordenamiento debe distinguirse si se afecta un bien al dominio público o privado del Estado.

Tercero, el Estado -por más ociosidad que demuestre a la hora de darle utilidad a un bien- reacciona cuando los particulares quieren hacerse de una propiedad pública, lo que demuestra que lo importante es el status de la afectación y no el efectivo uso público que se le otorgue al bien.

Cuarto, la exigencia de razonabilidad, no solo al momento inicial de la afectación sino durante su vigencia, es imprescindible para que los bienes de dominio público no duerman la siesta atentatoria contra el uso público.

Quinto, existe doctrina y jurisprudencia que apunta a la efectividad en el uso público del bien afectado, y no al agotamiento en el mero hecho de declararlo perteneciente al dominio público del Estado. Pero parece que eso no ha sido suficiente, y se necesita un mecanismo reforzador para que la exigencia de efectividad en el destino de uso público

tampoco se reduzca al mero hecho de clamarla mientras se es impotente para hacerla cumplir.

Sexto, la usucapión opera sobre bienes privados de particulares y bienes del dominio privado del Estado, pero no sobre bienes de dominio público del Estado. Por lo tanto, la ausencia de actos que interrumpen la prescripción adquisitiva en el primer caso sirve para que esta se consolide, mientras que en el segundo caso el Estado puede mantenerse inactivo en el uso de un bien, que mientras no lo desafecte con evidencia absoluta mediante hecho o acto administrativo nadie podrá reclamarlo por más que lo haya estado utilizando. La ley del Estado preserva al régimen de dominio público del Estado.

Séptimo, hay espacios legales para que se presenten situaciones donde el Estado aparece fortalecido y los particulares debilitados. Por ejemplo, cuando se ejerce la facultad estatal de expropiar un bien privado previa declaración de utilidad pública; y cuando un particular no puede usucapir un bien estatal porque es de dominio público, aunque el Estado no sea capaz de acreditar que lo destina al uso que se supone debe tener.

VI. Conclusión

La afectación saca a los bienes del comercio y los pone bajo la titularidad del Estado, que es una agencia política nacida precisamente para garantizar la seguridad y la propiedad privada -la cual es una institución fundamental para la existencia y provecho del mercado-.

Si el Estado quiere cumplir con ese presunto rol garante de la propiedad y no entorpecer el comercio -el intercambio de propiedades privadas-, la afectación de un bien debe estar sumamente justificada, al efecto de no contrariar los mismísimos fines para cuyo cumplimiento nace el Estado.

Para que la afectación no sea una potestad presta a la comisión de abusos, ha de ejercérsela en consonancia con la razonabilidad que encuadre la actuación del Estado y la mantenga dentro de los andariveles de lo permitido y lo necesario.

La razonabilidad presente en el acto de afectación no debe extinguirse en la declaración formal de voluntad del Estado; debe estar presente en tanto el bien siga afectado. Esto tiene que conducir a una constante explicación y rendición de cuentas por parte de la Administración: *porqué* algunos bienes entran al dominio público, y *porqué* se mantienen en él.

Un aporte liberal al sistema debe tener en mente evitar que las cosas salgan del tráfico comercial; si lo hacen, que se argumenten las razones; y si se mantienen fuera, que se brinden satisfactorias explicaciones sobre la continuidad en el tiempo de tal situación.

Es de común observación la posesión del Estado de miles de terrenos e inmuebles ociosos, que con el correr de los años (a veces décadas) continúan exhibiendo la categoría de dominio público, más por su título –mediante declaración de voluntad estatal- que por el efectivo ejercicio de un servicio público o un eficaz destino del bien consagrado al uso y goce de los particulares. También se observa que el Estado acoraza su acumulación de bienes, y reacciona si particulares pretenden explotar terrenos que de otra manera el Estado no recordaría que los tiene. Por lo tanto, el aporte liberal también debe pensar en soluciones que legitimen y dinamicen el traspaso de propiedades a manos privadas.

Capítulo 10. Infraestructura pública

I. Introducción

David Friedman dividió todas las funciones del Gobierno en dos categorías: las que pueden suprimirse hoy, y las que pueden suprimirse mañana.¹²²

La posición es innegablemente radical: implica un severo retroceso del Leviatán contemporáneo (el Estado grande y expansivo, creedor que todo lo puede o que todo puede regularlo correctamente), y la apuesta por los mecanismos autorregulatorios y descentralizados del mercado.¹²³

Ahora bien, en tiempos donde los extremismos son condenados, y se cree que la sabiduría y templanza se hallan en los grises o puntos medios, el hecho de que una posición sea radical -en favor o en contra de algo- no debe llevar a pensar que por eso mismo automáticamente está errada.

Ciertamente, hay otra posición radical -contraria a la de Friedman- que muchas veces se defiende sin reparar precisamente en su carácter: el estatismo en relación a lo considerado *de interés público*.

El propósito del presente capítulo es desafiar dicha concepción ampliamente difundida en el Derecho Administrativo; y desde la división precitada de Friedman, sugerir una alternativa de corte privatista, con el foco puesto en el específico tema de la infraestructura pública.

¹²² Friedman, David; *The Machinery of Freedom. Guide to a Radical Capitalism*, Third Edition, David Friedman, Writers' Representatives, 2014, p. 18

¹²³ Si bien el autor es partidario del *Anarcocapitalismo* o *Anarquía libertaria*, resaltan dos cosas a tenerse en cuenta.

Primero, defiende los éxitos obtenidos por las sociedades capitalistas pasadas que funcionaron existiendo el Estado.

Segundo, entiende que en un contexto anarquista libertario el funcionamiento institucional será distinto al que hoy se conoce bajo un marco estatal, y no puede pretenderse saber la manera exacta en que todo se desenvolverá. En este sentido escribe: "Los seres humanos y las sociedades humanas son demasiado complicadas como para que nosotros tengamos confianza en predicciones a priori sobre cómo funcionarían las instituciones que nunca se han probado".

Consultar: Friedman, David; *The Machinery...*; op. cit., p. 18

II. Nociones preliminares

En este apartado corresponde adentrarse en los conceptos que ayudarán a la comprensión de la temática abordada.

El concepto genérico de *infraestructura* lo provee el *Diccionario Oxford*: “Conjunto de medios técnicos, servicios e instalaciones necesarios para el desarrollo de una actividad o para que un lugar pueda ser utilizado”.¹²⁴ La infraestructura puede distinguirse por su titularidad pública o titularidad privada; pero no es casualidad, dada la predominante tendencia publicista, que el ejemplo del uso de la palabra en contexto sea el siguiente: “La municipalidad debe desarrollar la infraestructura de alumbrado, calles y saneamiento del polígono industrial”.¹²⁵

Como la infraestructura de titularidad pública está orientada a satisfacer el interés público, ha de explicarse en contexto lo que se entiende por este último. El *interés público* alude al bienestar general, es decir, aquellas necesidades cuya satisfacción beneficia a toda la comunidad, y aquellas iniciativas de cuya consecución la autoridad pública no puede desentenderse. En terminología legalista, también se afirma que el interés público es “la traducción jurídico-administrativa del concepto jurídico-político de bien común”.¹²⁶

Un concepto jurídico-contable de infraestructura también tiene en cuenta tanto la actividad desarrollada como la contemplación del interés general: “Aquellas obras e instalaciones construidas por la empresa concesionaria, adquiridas a terceros o cedidas por la entidad concedente para prestar el servicio público objeto del acuerdo”.¹²⁷

A su vez, no se explica el concepto de infraestructura pública sin el concepto de *red*. Dicha relación es descripta por Juan García Pérez: “...la noción de “infraestructura en red” resulta de la agrupación de ambos conceptos. El de infraestructura que sirve de soporte o marco a una estructura menos fundamental y el de los elementos que dan soporte a las prestaciones que hacen afluir al mercado de bienes básicos que dan sustento a la

¹²⁴ Infraestructura, Spanish Oxford living dictionaries.

Link de consulta: [<https://es.oxforddictionaries.com/definicion/infraestructura>].

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ Interés público, Enciclopedia Jurídica

Link de consulta: [<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/interes-publico/interes-publico.htm>].

¹²⁷ Concepto contable de infraestructura

Link de consulta: [<http://blog.efl.es/actualidad-juridica/concepto-contable-de-infraestructura/>].

actividad económica global, como por ejemplo los transportes, la energía y las telecomunicaciones”.¹²⁸ Tan íntima es la vinculación, que autores como Villar Ezcurra directamente señalan que “infraestructura en red” no es sino una tautología.¹²⁹

III. Clasificación de la infraestructura pública

Siguiendo el criterio de Aguilar Valdez,¹³⁰ la infraestructura pública puede catalogarse en cuatro tipos: *económica* -que favorece las actividades de dicha índole (rutas, autopistas)-; *social* -que sirve de soporte a la prestación precisamente de servicios sociales (hospitales)-; *cultural* -que sirve de soporte a las actividades culturales y educativas (escuelas, universidades, museos)-; y *regalística* -que sirve de soporte a actividades típicamente de función pública (seguridad y defensa nacional)-.

Catalogar tipos de infraestructura pública presupone que el Estado debe hacerse cargo de las prestaciones y actividades que ello envuelve. Es común que los Estados contemporáneos, que han pasado por las fases del Estado Social de Derecho y del Estado Subsidiario, se ocupen de las señaladas áreas económica, social, cultural y regalística.

Pero, ¿qué sucede si antes de clasificar la infraestructura pública se repiensa aquello de lo que el Estado debe efectivamente ocuparse? Si se cambian los enfoques de Estado interventor y predominio del interés general por otro de menor protagonismo estatal, las competencias, responsabilidades y áreas de actuación también cambian.

IV. La perspectiva liberal

El Liberalismo que ya se ha implementado históricamente en cierta medida y que sigue activo en la provisión de soluciones para problemáticas de la actualidad, contiene interesantes enfoques administrativos en torno al interés público y la infraestructura.

¹²⁸ García Pérez, Juan; *Nuevo marco jurídico del sector ferroviario: Estudio de la Ley del sector ferroviario y demás normas de desarrollo*, Reus, Madrid, 2010, p. 113

¹²⁹ Villar Ezcurra, José Luis; Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos. En: Ariño y Almoguera, Abogados (eds.), *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2000, p. 204. Citado en: Aguilar Valdez, Oscar R.; Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas. En: Aguilar Valdez, Oscar R. [et. al.]; *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*; Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, p. 377

¹³⁰ Aguilar Valdez, Oscar R; Principios...; op. cit., p. 380-382

IV.A) Consideración sobre el interés público

El interés público es un concepto para tomarlo con pinzas, dada la amplitud de referencias que puede abarcar.

Desde la Filosofía, Ayn Rand critica los términos “interés público”, “servicio del pueblo” y equivalentes, ya que son indefinibles.¹³¹

En un contexto jurídico, donde la precisión de las palabras resulta menester en tanto se incluyen en normas que reglamentan la vida ciudadana, emplear la expresión “interés público” exige responsabilidad y prudencia.

Es práctica común en ambientes estatistas utilizar tal expresión y similares –“bien común”, “bienestar general”- dando a entender que se habla en nombre de todos, cuando en rigor solamente se está representando concretos intereses personales, partidarios o facciosos. Cualquier funcionario de la Administración, o político de turno, puede servirse de la indeterminación y rellenar el contenido conceptual con lo que mejor le parezca según su conveniencia sectorial.

En el siglo XIX, cuando primaba el Constitucionalismo liberal que daba forma a Estados pequeños y fiscalmente responsables, el concepto de interés público estaba acotado y las funciones estatales eran mínimas. La infraestructura a cargo del Estado era considerablemente menor, y mucha actividad se dejaba en manos del mercado (es decir, en manos de privados *verdaderamente* y no *idealmente* interesados en la construcción y utilización de infraestructura). De tal modo, particulares vecinos construían una ruta para conectarse con la aldea cercana; y quien vivía en otra zona alejada y jamás la transitaría, no quedaba obligado a financiarla de su propio bolsillo mediante imposición tributaria.

En el siglo XX, con la nueva tendencia del Constitucionalismo social, el interés público se agrandó hasta sufrir de gigantismo. El Estado se hizo cargo de servicios y prestaciones que antes quedaban fuera de su órbita de intervención, y el aumento de las cajas y arcas oficiales trajo consigo endeudamientos e indisciplina fiscal. La infraestructura no fue la excepción, y la ciudadanía en general se vio obligada a financiar vía impuestos cada vez más y mayores obras públicas.

El orden cronológico de los eventos da la pauta de lo que sucedió: no es que el Estado nació con muchas funciones indelegables y luego algunos quisieron privatizarlas; sino que el mercado empezó a descubrir necesidades y aportar soluciones, y luego estas

¹³¹ Rand; *La virtud...*; op. cit., p. 127

fueron nacionalizadas o monopolizadas por el Estado, y prestadas mediante mecanismos de concesiones y licitaciones.

Nuevamente, el caso paradigmático de Argentina viene en ayuda de la exposición para demostrar con hechos lo asentado. Cuando el país tenía un Estado más restringido y limitado, y la sociedad civil podía ejecutar iniciativas con mayor libertad, se perfilaba como potencia mundial. Cuando el Estado creció en funciones y decreció el protagonismo espontáneo, individualista y voluntario de los ciudadanos, el país comenzó una decadencia que actualmente lo mantiene en el subdesarrollo y día a día lo empobrece.

Recúrrase a otros países latinoamericanos en observación de lo mismo: las Administraciones que más se jactan de ensanchar la interferencia del Estado para desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos en garantía del bienestar general, son las que mayor cantidad de pobres quieren esconder tras avisos grandilocuentes.

Si algo ya se probó, y funcionó de buena manera, puede volver a probarse, y volver a funcionar. En cuanto a la configuración jurídica de un país, no solamente es posible volver a un Estado limitado -que controle más y mejor la función administrativa, reduzca su ámbito de actuación, y permita que privados se hagan cargo de lo que producen y consumen-; es moralmente *legítimo* y económicamente *viable*.

IV.B) La infraestructura a la luz de la nueva perspectiva

La perspectiva liberal tiene respuestas respecto de la preferencia sobre el carácter público o privado de la infraestructura, y sobre la pertinencia de su clasificación.

En atención a lo primero, resulta fundamental en el seno del Derecho Administrativo Liberal el favorecimiento del *carácter privado* de los desarrollos.

La infraestructura de titularidad privada puede conseguirse en modo más rápido y eficiente. El Gobierno sigue criterios políticos, electorales y burocráticos; no se dedica a producir sino a regular lo que otros van a producir; y atiende las necesidades de sus miembros, mientras paralelamente cree saber mediante representantes lo que necesita el resto de la ciudadanía. El mercado, en cambio, permite la interacción directa entre oferentes y demandantes; allí las energías están concentradas en la producción y no en la regulación; y la competencia alienta el mejoramiento en la calidad de bienes y servicios. Los incentivos del mercado están mejor orientados que los incentivos gubernamentales para la generación de infraestructura.

Escribe Murray Rothbard respecto de las diferencias entre mercado y Gobierno:

...en el libre mercado el consumidor es el rey, y cualquier empresa comercial que quiera obtener ganancias y evitar pérdidas hace todo cuanto está a su alcance para servirlo con la mayor eficiencia y el menor costo posible. Nada de esto ocurre, por el contrario, en una operación gubernamental. Hay inherentemente una fractura grave e inevitable entre el servicio y el pago, o sea, entre la provisión de un servicio y el pago por recibirlo. En la oficina del gobierno el ingreso no depende, como en la empresa privada, del buen servicio al consumidor y de que éste compre sus productos a un precio superior a sus costos operativos. Allí los ingresos provienen del asedio al acosado contribuyente. Por lo tanto, su funcionamiento se torna ineficiente y sus costos se elevan, dado que las oficinas gubernamentales no necesitan preocuparse por las pérdidas o por las quiebras; pueden compensar sus pérdidas con aumentos en la tributación. Además, en lugar de halagar al consumidor para obtener su favor, se lo considera como una molestia para el gobierno, alguien que está “gastando” los escasos recursos que el gobierno posee. Dentro de las operaciones gubernamentales, al consumidor se lo trata como a un intruso indeseado, una interferencia en el sereno disfrute del ingreso seguro del burócrata. (...) ¹³²

Si el Estado se retrotrae a límites jurídicos razonables y económicamente sostenibles, como una vez lo estuvo con el modelo del Estado de Derecho y la adopción del Constitucionalismo liberal, el mercado tiene más posibilidades de florecimiento. Si, por el contrario, se decide seguir por la senda estatista, el mercado sufre continuas restricciones y se achica a la par.

Por lo tanto, actos jurídicos, reglamentos y políticas públicas de la Administración deben ampararse en la razonabilidad, el reconocimiento de los derechos de los administrados, y el no entorpecimiento de sus iniciativas privadas. Si la Administración va a marcar las reglas de juego en los campos que a ella concierne, que las reglas sean claras, sencillas y no intervencionistas.

En lo concerniente a la clasificación de la infraestructura -económica, social, cultural y regalística-, a los fines doctrinarios y didácticos puede mantenerse, identificándose los diversos tipos de construcciones y redes; pero dicha identificación ha de considerarse a la luz de la tendencia sugerida.

¹³² Rothbard, Murray N.; *Hacia una nueva libertad: el manifiesto libertario*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2005, p. 229, 230

La económica es el tipo de infraestructura que en rigor envuelve los primeros tres, porque todos los productos y servicios se consideran bajo el prisma de bien económico adquirido en el mercado a cambio del pago de un precio en dinero.

Acerca de este tipo de infraestructura, por citar un caso, los privados constructores de autopistas pueden resolver los problemas respecto de los cuales el Estado ha demostrado incapacidad galopante: embotellamientos, material de elaboración, cumplimiento de plazos estipulados, y más. A modo de muestra, ya en la década de 1970 Rothbard denunció la falta de pericia gubernamental en Estados Unidos en cuestiones de tránsito y transporte:

...ante el incremento en el uso de las calles, que son propiedad gubernamental, el congestionamiento vehicular se agrava y las personas que manejan sus propios autos deben enfrentar denuncias y amenazas constantes. Por ejemplo, el gobierno de la ciudad de Nueva York no cesa de advertir que prohibirá el uso de automóviles privados en Manhattan, donde el congestionamiento se ha tornado muy complejo. Sólo el gobierno, por supuesto, pensaría en intimidar así a los consumidores; sólo el gobierno tiene la audacia de “resolver” los embotellamientos en las calles obligando a los automóviles privados (o camiones, o taxis, o lo que fuere) a que dejen de circular. Según este principio, ¡la solución “ideal” para los problemas del tránsito es simplemente prohibir todos los vehículos!¹³³

La imposibilidad de planificar centralizadamente toda la circulación de la sociedad -idea estatista- cede ante la posibilidad de que empresarios construyan con *capital privado* y reorganicen los circuitos de acuerdo a los intereses particulares de quienes los utilizan.

En lo referente a infraestructura social, el administrado se beneficia de la *competencia* de los prestadores de servicios. Mientras más competidores se suman, más ofertas se producen y mayor variedad para elegir a precios competitivos se presenta. El mercado favorece la baja de precios y el mejoramiento continuo del servicio. En contraste, el Estado ofrece los servicios cobrando impuestos tanto a quienes los usan como a quienes no, la prestación es de una calidad perceptiblemente menor, y aparecen retrasos evidentes en las actualizaciones.

¹³³ Ibidem; p. 230

El sector de la salud grafica la situación. Cuando dan a elegir entre un hospital público y uno privado, probablemente la mayoría de la gente que puede costearlo opta por el privado para hacerse atender, bajo el entendimiento de que allí hay mejor servicio y mejor funcionamiento.

En cuanto a la infraestructura cultural, su paso a manos privadas permite que únicamente los interesados en la venta y consumo de determinados productos culturales sean los encargados de sostenerlos económicamente.

Préstese atención en el área de la educación. Los padres que envían a sus hijos a escuelas privadas, cuyas clases se brindan regularmente y la orientación se condice con sus valores, también están obligados a financiar las escuelas del Estado, cuyas clases permanentemente se interrumpen por disputas políticas gremiales, y donde las aulas sirven como dispositivos de adoctrinamiento en la ideología oficialista. Las escuelas privadas generalmente están equipadas con tecnología de avanzada; las escuelas públicas suelen sufrir problemas edilicios y muchas carecen de equipos tecnológicos.

Una idea liberal es la *privatización total* de la educación. Que esta sea financiada por los padres de los alumnos que asisten a los establecimientos, y que los cerebros estudiantiles no estén a merced de la manipulación política y burocrática. Como muchos padres que envían a sus hijos a escuelas privadas ahorrarían dinero -en la actualidad deben pagar vía cuota la educación privada y vía tributación la educación pública- resultaría más fácil en términos económicos delinear un sistema de donaciones y financiamiento institucional para que los hijos de quienes no pudiesen pagar también tuvieran la posibilidad de asistir.

En el tránsito de la educación pública a una privatizada, o al menos como alternativa al ineficiente escenario actual, se rescata el sistema de *vouchers* presentado por Milton Friedman y probado desde hace décadas en distintas partes del mundo. Acorde al economista, dentro del sistema combinado de escuelas públicas y privadas, el Estado haría entrega de cupones por medio de los cuales los padres elegirían -según su criterio- el establecimiento educativo adecuado para sus hijos, y allí utilizarían sus cupones. Así las cosas, la situación educativa mejoraría notoriamente en dos aspectos: contenido y financiamiento.

Respecto del contenido, Friedman destaca que la “inyección de competencia haría mucho para promover una saludable variedad de escuelas” y se estimularía su desarrollo

para atraer al alumnado.¹³⁴ Además, los padres tendrían la tranquilidad de que los menores recibirían en las aulas enseñanzas consecuentes con los valores pregonados en casa.

Acerca del financiamiento, explica Ignacio Muñoz Delaunoy:

...en lugar de gastar los recursos públicos en la construcción de escuelas, en pagar sueldos a los profesores o en financiar la investigación educativa, se crearía un subsidio individual o “voucher” que sería entregado directamente a cada familia, para que ella decidiera si lo iba a gastar en una escuela pública o una privada. Las instituciones que tuvieran un compromiso con la calidad, públicas o privadas, comenzarían a llenarse de alumnos, lo que les permitiría obtener los recursos necesarios para potenciar más su proyecto educativo; las instituciones menos exigentes, se verían obligadas a mejorar la calidad de sus servicios, para evitar la ruina; las malas no tendrían otra opción que salir del sistema.¹³⁵

En seguimiento de sus premisas, el sistema de *vouchers* evitaría el mentado doble financiamiento al que hoy son sometidos los padres que envían a sus hijos a escuela privada. En palabras de Friedman: “A los padres que optasen por enviar a sus hijos a escuelas privadas se les pagaría una suma equivalente al costo estimado de educar un niño en una escuela pública (...)”.¹³⁶

Los padres entregarían en la escuela el cupón correspondiente, y los estudiantes accederían a la educación. Luego la escuela podría presentar los cupones obtenidos ante el Estado para recibir subsidio.

Edgardo Zablotzky pondera el concepto conectando ambos puntos avistados:

“La idea, como toda buena idea, es simple: el Estado seguiría subsidiando a la educación, pero los recursos no se asignarían a la oferta de la misma -las escuelas- sino a la demanda -los padres de los alumnos. La diferencia no es menor. Un sistema de vouchers cambiaría la relación entre los padres y las escuelas. Al poder elegir a qué escuela enviar a sus hijos, los padres comenzarían a percibir las como proveedoras de un servicio, la educación, y estarían en una mejor posición para demandar la excelencia del mismo.

¹³⁴ Friedman, Milton; *Capitalism and freedom. 40th Anniversary Edition*, The University of Chicago Press, Chicago, 2002, p. 93

¹³⁵ Muñoz Delaunoy, Ignacio; El “rol del gobierno en la educación” de Milton Friedman: un texto con historia, *Revista de Educación Andrés Bello*, 1 (2015): 145-174.

¹³⁶ Friedman; *Capitalism...*, op. cit.

La competencia necesariamente elevaría el nivel de las escuelas, tanto públicas como privadas”.¹³⁷

Por último, la infraestructura de tipo regalística en el modelo estatal liberal sigue con su carácter de titularidad pública ya que, en tanto y en cuanto el Estado tenga que justificar su existencia, la seguridad y la defensa nacional permanecen como sus funciones propiamente dichas, a prestarse con mayor y mejor esfuerzo que cuando está distraído husmeando donde no le corresponde.

V. Conclusión

Existen abordajes de la infraestructura pública desde una perspectiva opuesta a la del *mainstream* estado-céntrico. No es que se está en contra de la infraestructura, sino de su monopolio ineficiente en manos estatales, o de la predominancia del carácter público en ámbitos donde el mercado puede desempeñarse mejor.

El Derecho Administrativo Liberal tiene que desprenderse del estatismo en infraestructura, y dejar espacio a los privados para que desarrollen, ejecuten y cumplan proyectos a gran escala. Debe ser capaz de traducir en soluciones jurídicas los justos planteos y reclamos de libertad por parte de los administrados.

Para ello, será menester reconsiderar el concepto de interés público -que tantas veces le resulta funcional a la política para justificar en nombre del bienestar general cualquier iniciativa financiada por contribuyentes que no repercute más allá del bienestar particular de burócratas-, y planear una Administración Pública que no avasalle ni golpee con el garrote regulatorio las iniciativas que pueden surgir de privados compitiendo en el mercado.

¹³⁷ Zablotsky, Edgardo E.; Educación: padres vs burócratas, Revista UCEMA, Año X, Número 27, abril de 2015, p. 30-31

Link de consulta: [https://ucema.edu.ar/publicaciones/download/revista_ucema/revista_ucema27_abr2015b.pdf].

Capítulo 11. Responsabilidad por daños del Estado

I. Introducción

El tema de la responsabilidad del Estado es siempre uno delicado ya que, parafraseando a Ayn Rand, mientras un criminal ordinario tiene menor alcance, el Estado en caso de obrar ilícitamente tiene el poder para devastar a toda la nación.¹³⁸

Dentro de marcos propensos al colectivismo, no falta quien -en apego por las formas autoritarias y añoranza de un mundo ordenado según sus arbitrarios designios- termina consagrandolo al Leviatán como una entidad horrorosamente poderosa y jurídicamente inimputable.

He ahí que los esfuerzos teóricos por limitar la esfera de intervención estatal, y diagramar un sistema de responsabilidad por daños que evite ubicarlo en el altar de los intocables, no resultan en vano, sino auspiciosos de la vida civilizada en un ambiente de respeto a la ley sin privilegios otrora comúnmente aceptados.

Desde este espíritu, se realizará un análisis de la *teoría de la pertinencia normativa* enunciada por el Dr. Mg. Oscar Cuadros en su obra *Responsabilidad por daños y Estado*.

II. Antecedentes históricos de la responsabilidad estatal por daños en el Derecho anglosajón como símbolos de la evolución conceptual

Inglaterra fue la cuna del moderno Liberalismo, afianzado en los hechos luego de la Revolución Gloriosa de 1688; asentado por escrito en la pluma de John Locke en su *Ensayo sobre el gobierno civil* un año después; e integralmente solidificado por la acción del movimiento representativo de la Ilustración. Por ende, tal locación luce como aceptable caso de estudio para chequear la manera en que se fueron transformando las concepciones respecto de la responsabilidad estatal.

¹³⁸ Rand, Ayn; *La virtud...*; op. cit. 118

Luego del surgimiento de los Estados-Nación europeos, el adagio que primó en el Derecho inglés fue *The King can do no wrong*,¹³⁹ cuya primera aplicación e interpretación consistió en que el Rey no podía ser legalmente responsable por el accionar dañoso de sus dependientes. De tal visión se consolidaba un poder absoluto del Soberano, quien quedaba por encima de la ley y solamente a merced de Dios.

Pero la interpretación del mismo principio cambió conforme el Derecho evolucionó, al punto de someter al propio Rey a la ley -pues ella era el mismísimo origen del poder real, amén de la aprobación divina-. Entonces, que el Rey no pudiera hacer el mal pasó a significar que “carecía de poder legal para obrar ilícitamente”.¹⁴⁰ De una afirmación absolutista aprobatoria, se pasó a una limitación del poder.

Si bien la Corona seguía exenta de responsabilidad y gozaba de inmunidad judicial -al impedirse que el Rey fuera demandado ante los tribunales bajo su soberanía-, el avance estaba en que los funcionarios podían ser individualmente responsables por los daños que causare a terceros su obrar teñido de ilicitud.

Para la segunda mitad del siglo XIX, la tesis imperante sostenía que el Estado resultaba contractualmente responsable (pero debía prestar consentimiento para ser demandado), e irresponsable y no susceptible de ser demandado en la órbita extracontractual.¹⁴¹

En la actualidad, el Derecho británico ha avanzado aún más en torno a la responsabilidad estatal. La noción predominante ya no es la de “responsabilidad indirecta sobre la falta del empleador”, sino que la Corona es plenamente responsable por los daños de sus agentes “como si fuera una persona privada plenamente capaz”.

Los presupuestos para la configuración de la responsabilidad por daños son dos: el obrar *ultra vires* de la autoridad pública, y la existencia de una causa de acción en el Derecho privado. No hay un conjunto normativo especial de acciones de daños contra el Estado.¹⁴²

¹³⁹ La traducción literal al español es “El Rey no puede hacer nada malo”, o “El Rey no puede equivocarse”.

¹⁴⁰ Cuadros, Oscar Álvaro, *Responsabilidad por daños y Estado*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 18

¹⁴¹ Ibidem, p. 19, 20

¹⁴² Ibidem, p. 74

III. Formulación y evaluación de la teoría

Según el Dr. Cuadros, la teoría de la pertinencia normativa establece que “las normas que en el marco de cada sistema jurídico regulan el daño resarcible y su imputación a las personas jurídicas resultan de aplicación al Estado como persona jurídica”. Por lo tanto, se prescinde de la calificación del Derecho regulador como público o privado –la cual queda reducida a recurso pedagógico–; lo realmente importante consiste en identificar el conjunto de normas imperantes sobre la reparación del daño ocasionado, más allá del sujeto que dañe y del carácter civil o administrativo de las reglas.¹⁴³

El mérito de dicha tesis radica en dos puntos íntimamente relacionados:

A) Su postulado funciona en cualquier sistema que prevea responsabilidad por daños, aunque no prevea un conjunto especial y distintivo de normas reguladoras para los daños imputables a una autoridad pública, ya que las normas de común aplicación al resto de los sujetos susceptibles de ser jurídicamente responsables rigen también para el sujeto Estado.¹⁴⁴

B) Le reconoce una indudable personalidad jurídica al Estado, y este como persona jurídica está sometido a las reglas de la responsabilidad como las otras personas jurídicas, lo que despeja dudas de antaño sobre si el Estado (el Soberano, la Corona, el Rey, el Príncipe) era o no era responsable, y si lo era con qué alcance se manifestaba su responsabilidad o en la persona de quién esta podía resultar cognoscible.

¹⁴³ Ibidem, p. 3

¹⁴⁴ El Estado sería un sujeto de Derecho que quedaría *sujeto a la ley* como lo están los particulares. De todas formas, deben tomarse precauciones al emplearse el término “sujeto” en atención a las variaciones que ha experimentado a lo largo de la historia del pensamiento y en las distintas disciplinas.

Manifiesta Étienne Balibar: “...quiero hacer referencia al hecho de que nosotros traducimos como *sujeto*, la noción neutral, impersonal de un *subjectum*, esto es, de una sustancia individual o de un sustrato material de propiedades; pero *también* traducimos como *sujeto* la noción personal de un *subjectus*: un término jurídico y político que refiere a la sujeción o sumisión, es decir, el hecho de que una persona humana (genérico) ya sea hombre, mujer o niño está sujeto a una autoridad de un poder superior más o menos absoluta, más o menos legítima, por ejemplo: de un “soberano”. Este ser soberano puede ser otro humano o un supra-humano, o un soberano “interior” o inclusive una simple ley trascendente e impersonal”; “No hay duda de que el “sujeto”—a saber, aquél que está sujeto—tiene que ser “personal” (aunque no necesariamente “individual”). Lo que es menos claro es si el “soberano” o aquél *a quién* se sujeta el “sujeto” también tiene que ser personal (...)”. Ver: Balibar, Étienne; *Sujeción y subjetivación*, traducción de Carolina Juaneda, Política Común, Vol. 6, 2014

DOI: <https://doi.org/10.3998/pc.1232227.0006.004>

Amén de las mencionadas variaciones en el “sujeto”, lo “personal” del sujeto, y el carácter del “Soberano” en las discusiones interdisciplinarias e históricas, lo pretendido aquí es destacar que el Estado pasa a jugar según las reglas comunes para el resto, siendo alcanzado por la ley como otros.

IV. La teoría proyectada sobre el Derecho argentino

De acuerdo a las premisas de la teoría, el Estado será responsable tanto extracontractual como contractualmente. Explórese lo que sería la aplicabilidad de ambos supuestos en el ordenamiento jurídico de la Argentina.

IV.A) Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual queda regida por las normas del Derecho uniforme, civil y comercial, que regulan la responsabilidad por daños.

De tal manera, la regulación aplicable a otras personas jurídicas que cometen un obrar dañoso, es la misma que corresponde aplicarle al Estado.

Este “Derecho común” tiende a evitar las confusiones provocadas por posturas contrarias, sostenedoras de que cuando el Estado actúa en función administrativa no corresponde regularlo mediante el Derecho uniforme sino mediante normas distintas, lo que termina en la difuminación de la responsabilidad del Estado.¹⁴⁵

Sin las confusiones normativas, queda en evidencia que el Estado es responsable por violar el deber constitucional de *no dañar a otro*, y que su responsabilidad es determinada por el Derecho común al resto de las personas jurídicas.

IV.B) Responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual procede del incumplimiento de una obligación convencional, lo cual remite a la letra de los contratos y a la fuente de su regulación que es el Derecho civil y comercial, a lo que se suma la Ley de Responsabilidad del Estado que prevé su aplicación supletoria.¹⁴⁶

V. Conclusión

La tesis sostenida por el Dr. Cuadros es digna de atención y profundización en su estudio.

Filosóficamente es acertada, en tanto tiende a la limitación del poder del Estado, al quedar delineado el conjunto normativo aplicable y el alcance de su responsabilidad

¹⁴⁵ Ibidem, p. 1-4

¹⁴⁶ Ibidem, p. 194, 195

por daños. A su vez, al ser el Estado juzgado mediante el Derecho común, se va en sentido contrario al régimen de exorbitancia, privilegios y tratamientos especiales.

Jurídicamente es de utilidad práctica, porque conduce a la definición del Estado como persona jurídica con responsabilidad como las otras personas jurídicas –contemplándose las diferencias que normativamente surgen en ciertos aspectos-; y a la sujeción del mismo a reglas comunes, lo que impide que la responsabilidad por daños se desvirtúe mediante normas especiales ambiguas, poco claras, o concedentes de vías de escape.

En fin, la difusión y adopción de la doctrina sostenida por el Dr. Cuadros entre los operadores jurídicos se transformará en riqueza jurisprudencial acerca del Estado responsable bajo las normas del Derecho común.

Capítulo 12. La vía administrativa

I. Introducción

Los debates filosóficos en torno a la vinculación política entre el Estado y el ciudadano tienen su versión jurídico-administrativa en la vinculación existente entre la Administración y el administrado.

Su estudio relacional no puede saltarse, y menos aun cuando se genera un conflicto entre ambas partes; por ejemplo, si una determinada acción de la Administración provoca un perjuicio en un derecho, interés legítimo o interés simple del administrado.

Teniendo en cuenta que, si un sistema quiere jactarse de *justo*, además de ser *eficiente* debe permitir al administrado peticionar, obtener resoluciones fundadas y tener acceso a instancias superiores de decisiones definitivas, las planificaciones y reformas deben necesariamente orientarse a resolver de la mejor manera cualquier traba surgida en la realización de la justicia para el administrado.

El propósito del presente capítulo es indagar en uno de los aspectos más sensibles a la vez que discutido de la materia: la necesidad del agotamiento previo de la vía administrativa como requisito para acceder a la instancia judicial.

II. Dos posturas doctrinarias enfrentadas

A grandes rasgos, la discusión doctrinaria puede resumirse –no necesariamente agotarse– en dos grandes bloques: uno que defiende la necesidad de agotar la vía administrativa, y otro que considera dicha necesidad como una injusticia hacia el administrado.

II.A) Primera doctrina

La primera doctrina defiende el *agotamiento de la vía administrativa*. Los principales motivos que aporta en sustento de su posición son los siguientes:

1) La preeminencia que debe tener la Administración sobre los ciudadanos comunes como encargada de velar por el bien común, a diferencia de quienes cuidan sus intereses particulares.

2) La posibilidad que debe tener la Administración de revisar su propia actuación a través del órgano actuante o bien de un órgano jerárquicamente superior, a los efectos de corregir o ratificar el acto administrativo cuestionado, en atención al cumplimiento a tiempo de sus objetivos, antes de judicializar el asunto.

3) Evitar que los reclamos del administrado pasen automáticamente a ser resueltos por jueces del Poder Judicial, anulándose potestades administrativas, y abriéndose las puertas para que la labor administrativa sea constantemente obstaculizada por reclamos con más o menos fundamento y efectos suspensivos.

El primero es un *argumento de fondo*: hay una superioridad de la Administración en tanto veladora del interés general, tarea que le merece el reconocimiento de un régimen exorbitante y reglas que le permitan llevarla a cabo con cierta continuidad y regularidad.

El segundo es un *argumento de forma*: la Administración pretende cumplir con sus objetivos de acuerdo a sus formas y sus tiempos. Si se produce un cuestionamiento a su accionar, la canalización en el ámbito de las propias oficinas y en el fuero contencioso-administrativo permiten una resolución en su mismo lenguaje y con relativamente mayor celeridad. Si las actuaciones se iniciaran o automáticamente pasaran a la justicia ordinaria en la esfera judicial donde los particulares resuelven sus conflictos entre sí, la Administración se sentiría tratada como una igual sin preeminencia frente a los individuos, vería demorados sus planes esperando por resoluciones fuera de su órbita, y las resoluciones quizás provendrían de jueces con un entendimiento distinto al imperante en su funcionamiento interno.

El tercero es un *argumento mixto*: por un lado, se busca preservar la independencia de actuación de la Administración y el equilibrio de poderes que evite la revisión permanente del Poder Judicial, de modo que la Administración no se limite a hacer únicamente lo que jueces digan que está permitido; y por otro, se procura evitar la congestión de los tribunales con reclamos de particulares (al revestir todos los ciudadanos el carácter de administrados, todos pueden reclamar y el torrente de cuestionamientos ascender a millares o millones), lo que ataría de pies y manos la planificación administrativa, y de aplicarse efecto suspensivo, también su mismísima ejecución.

II.B) Segunda doctrina

El segundo bloque propone la *no obligatoriedad en el agotamiento de la vía administrativa*, y sus razones se sintetizan en los siguientes puntos:

A) Si debe seguirse todo el recorrido administrativo interno y esperar sus plazos y pronunciamientos para recién poder acceder a la justicia, la Administración se yergue como un ente privilegiado frente al desamparado administrado.

B) Resulta constitucionalmente deseable la obtención de resoluciones rápidas y definitivas de los jueces, sobre todo cuando los reclamos revisten carácter de urgencia y se requiere más que nunca celeridad en su atención. La vía administrativa, cuya defensa alega urgencia de la Administración, lo que consigue es demorar la justicia para los administrados.

El primero es el *argumento de fondo*: La Administración tiene indebida preeminencia sobre los administrados, ya que ningún particular podría exigir en su favor que alguien agote una vía interna propia antes de poder llevarlo frente a un tribunal de justicia. La Administración sí puede hacerlo. Y esta preeminencia produce consecuencias lógicas y esperables, traducidas en plazos favorables a la Administración; instancias internas donde el silencio de la Administración puede no ser interpretado de manera negativa en un primer momento; y requisitos perjudiciales para el administrado en cuanto al encausamiento de su reclamo -al punto de desalentarlo y desembocar en su abandono-.

El segundo es el *argumento de forma*: así como la Administración quiere cumplir objetivos, los particulares también quieren soluciones con celeridad para seguir con su vida, y la justicia puede proveerlas en la medida en que no está comprometida con la agenda administrativa. En el interior de sus dependencias, la Administración es juez y parte, y puede apurar o demorar los trámites según su conveniencia, lo que no sucedería en el ámbito judicial.

II.C) El debate doctrinario

En favor de la primera doctrina se manifiestan algunos autores administrativistas clásicos, defensores del régimen exorbitante en favor de la Administración.

En favor de la segunda doctrina, aparecen quienes se aferran a la máxima de Hutchinson de que el agotamiento de la vía administrativa lo que en rigor provoca es *el agotamiento del administrado*. Llevada la posición contra el agotamiento hasta su última consecuencia, la vía administrativa se presenta directamente como innecesaria.

Ahora bien, es dable destacar que, dentro del segundo bloque doctrinario, un pronunciamiento usual es que no se elimine la vía administrativa, sino que sea *optativa*: esto es, que el administrado -en base a su conveniencia y su particular criterio- elija empezar el reclamo en el ámbito de la Administración, o acudir en modo directo a sede judicial.

II.D) La legitimación activa

Existe coincidencia, a nivel local y federal, en cuanto al reconocimiento de *legitimación activa* del administrado para efectuar sus reclamos.

Primero, se reclama en *sede administrativa*, invocando un derecho o interés legítimo (en ciertos casos se atenderá el interés simple), frente a un acto administrativo que pueda estar ocasionando un perjuicio.

Luego, en cumplimiento de la garantía constitucional de *tutela judicial efectiva*, se reconoce el *acceso a sede judicial* para el consecuente control judicial de la actuación administrativa.

Por caso, en la Provincia de San Juan, Argentina, el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 3784 (en el Digesto Ley 135-A) establece en su primer párrafo: “Toda persona que se crea damnificada por una resolución definitiva de naturaleza administrativa, que vulnere derechos establecidos con anterioridad a favor del reclamante, por una ley, decreto, ordenanza, reglamento, concesión o contrato, podrá ocurrir a la justicia ordinaria en resguardo de tales derechos”; y a continuación, el artículo 25 - primera línea del primer párrafo- aclara: “No se dará trámite alguno sin que previamente se acredite por el interesado haber agotado sin éxito los recursos administrativos para obtener de la autoridad competente en última instancia, el reconocimiento o denegación del derecho reclamado.”¹⁴⁷

Frente a las leyes que hablan de “toda persona que se crea damnificada”, la crítica esbozada por el primer bloque doctrinario es que la legitimación activa está definida de manera demasiado amplia, y su acotación facilitaría que la llegada a la jurisdicción ordinaria fuese únicamente de reclamos con sustento por parte de administrados realmente perjudicados.

¹⁴⁷ Ley de Procedimiento Administrativo N° 3784, San Juan

Link de consulta: [<http://www.saij.gob.ar/3784-local-san-juan-ley-procedimiento-administrativo-lpj0003784-1973-03-09/123456789-0abc-defg-487-3000jvorpyel?>].

La crítica del segundo bloque sostiene que la legitimación activa para acceder a sede judicial debería nacer automáticamente en cabeza del administrado, y en paralelo a su derecho de reclamar contra una resolución administrativa.

II.E) Modernas tendencias

En el decir de Hutchinson, los plazos que corren contra el administrado son como “plazos de prescripción de los derechos de fondo cuando el particular no promueve la acción judicial”.¹⁴⁸

Dicho asunto, al cual se le suma la ya mencionada falta de celeridad para el acceso a la justicia, debe ser entendido en el contexto total de una visión del administrado batallando de manera desigual contra el Estado. De allí se sostiene, en reconocimiento de la situación de los administrados y defensa de su garantía de acceso eficaz a la justicia, que un cambio de enfoque resulta tan necesario como útil a efectos de respetar los derechos particulares.

Las modernas tendencias, según describe Silvia Canna Bórrega, entienden a la vía administrativa como una instancia *colaborativa* más que *confrontativa*, y ese punto de partida siembra la tierra para nuevos enfoques “que recuperen la verdadera razón de ser de la vía administrativa, la que debe subsistir para facilitarle las cosas al administrado y no para ser obstáculo y así permitirle a la Administración arrogarse el rol de juez y parte negándole al administrado el derecho de acceder a la justicia”.¹⁴⁹

Esta posición viene a solicitar un cambio que las pretensiones de agilidad del sistema piden a gritos, pero aclara que no propone “empezar de cero” como si antes nada hubiera existido. Por lo tanto, la reforma –al menos inicialmente- consistiría no en erradicar completamente la vía administrativa, sino en adaptarla a las exigencias de celeridad y coherencia en la actuación administrativa. Algunas de las propuestas para el caso son modificar los plazos cuya perentoriedad afectan los derechos del administrado, y simplificar los trámites de reclamación en sede administrativa para poder acceder sin obstáculos posteriormente a sede judicial.

¹⁴⁸ Hutchinson, Tomás; *Proceso Administrativo*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 20. Citado en: Canna Bórrega, Silvia; El agotamiento de la vía administrativa, ¿debe mantenerse como requisito obligatorio para la demanda judicial contra el Estado? En: Congreso de Derecho Público, UBA, 2012

Link de consulta: [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-administrativo-silvia-canna-borrega.pdf>].

¹⁴⁹ Canna Bórrega; El agotamiento..., op. cit.

II.F) La jurisprudencia

Si bien en los últimos años la jurisprudencia no ha sido uniforme a la hora de juzgar sobre las cuestiones aquí vertidas, es dable destacar el caso “Biosystems”, el cual sirve como faro de luz hacia el futuro en Argentina.

En su fallo, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en consideración del artículo 25 de la LNPA, declaró la inconstitucionalidad del artículo 31,¹⁵⁰ invocando como razón que ponía al particular reclamante en desventaja, lo que desvirtuaba el principio *pro accione* y correlativamente atentaba contra la *defensa en juicio*.¹⁵¹ Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió al dictamen de la Procuración General, según el cual debía “confirmarse la sentencia que declaró habilitada la instancia judicial en una demanda entablada una vez vencido el plazo establecido en el art. 25 de la Ley 19.549”, y a su vez revocarse “la declaración de inconstitucionalidad del art. 31 de la misma normativa efectuada por el a quo, habida cuenta

¹⁵⁰ Artículo 25: La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera:

- a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado;
- b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria;
- c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa;
- d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.

Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.

Artículo 31: El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente.

La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa.

Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente”.

Ver: Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549

Link de consulta: [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22363/te-xact.htm>].

¹⁵¹ Sentencia de Camara Contencioso Administrativo Federal- Sala III, 28 de Febrero de 2018, expediente CAF 008942/2008/CA002

Link de consulta: [<https://ar.vlex.com/vid/biosystems-sa-c-m-704430501>].

que no es necesario declararla puesto que debe interpretarse que el término de caducidad del art. 25 de la LNPA no se aplica cuando se configura silencio de la administración”.¹⁵²

Entonces, más allá de la discusión sobre la constitucionalidad del artículo referido, ya tiene cierto asidero la posición que protege el derecho del administrado de acceder a la justicia cuando queda condicionado por la inactividad de la Administración. Habrá de evaluarse si en la posteridad se afianza una inclinación hacia la moderna tendencia *pro administrado*; o prevalece el antiguo enfoque *pro Administración* de soporte de la vía administrativa.

III. Conclusión

En atención a necesidades de garantizar acceso a la justicia, proveer a reclamos de administrados con celeridad y agilidad, y pretensiones de adaptar el funcionamiento de la Administración al enfoque colaborativo más que “pendenciero”, se concluye que las reformas favorecedoras de la simplificación respecto de los trámites en la vía administrativa son de gran utilidad y debe hacérseles lugar.

Una vez instalada esta nueva cultura jurídica, o bien en forma paralela, con el objeto de profundizar el principio imperante, se ve favorablemente proseguir hasta la eliminación de la obligatoriedad de agotar previamente la vía administrativa.

El derecho a elegir la vía de reclamo del administrado es más sagrado que cualquier pretensión de autorevisión que pueda invocar la Administración. Más pesa en la balanza el derecho de un individuo de carne y hueso que requiere respuesta de justicia, que la invocación de un cuerpo abstracto que siempre dice necesitar más instancias para convencerse de que está actuando mal.

¹⁵² Biosystems S.A. c/ EN - M° Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo, Sentencia, 2014, Corte Suprema de Justicia de la Nación

Link de consulta: [<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-biosystems-sa-salud-hospital-posadas-contrato-administrativo-fa14000096-2014-02-11/123456789-690-0004-1ots-eupmocsollaf>].

Capítulo 13. Inmigración

I. Introducción

La inmigración es un tema candente que se discute en foros tanto políticos como jurídicos. Lo que prima es la falta de consenso entre diversas ramas de pensamiento, y aun entre representantes de la misma corriente.

Más allá de prejuicios racistas y bravuconadas nacionalistas, o de legítimas preocupaciones en torno a la llegada de gentes de procedencias no afines y culturalmente incompatibles, la inmigración puede abordarse desde una perspectiva económica y cultural que -sin divorciarse de otro tipo de análisis válido- brinde respuestas a los interrogantes que suele suscitar cuando se la trae a colación en torno al funcionamiento de los países.

En el presente capítulo se esbozará una idea sobre la inmigración tomando como caso de estudio particular la inmigración venezolana a nivel país en Argentina y a nivel local en la Provincia de San Juan.

II. Nociones básicas

Se entiende por *migrante* a aquella persona que deja su lugar de origen para trasladarse a otro país a los efectos de residir en él.

Ciertos autores especifican las aristas desprendidas del concepto, y hablan de distintos tipos de migrantes. Así, Víctor Manuel Alfaro Jimenez describe al *migrante económico* como la “persona que abandona su lugar habitual de residencia para establecerse fuera de su país de origen a fin de mejorar su calidad de vida”.¹⁵³

Mientras en la primera acepción general solamente se considera el hecho de irse a vivir a un país distinto del cual se proviene, en la segunda acepción de tipo específica

¹⁵³ Migrante económico

Link de consulta: [<http://leyderecho.org/migrante-economico/>].

se hace hincapié en el propósito de la inmigración que implica una perspectiva de crecimiento económico.

Teniendo en cuenta la pauperización de la sociedad venezolana, atribuible a las desastrosas gestiones de los sucesivos Gobiernos socialistas (ciclo comenzado por Hugo Chávez y continuado por Nicolás Maduro); varios de los testimonios recogidos de parte de quienes se alejan del régimen por falta de trabajo y la miseria circundante;¹⁵⁴ y el hecho de que lo primero que hacen muchos venezolanos recién llegados, tras incorporarse al mercado laboral en su nuevo destino, es enviar dinero a su familia para alivianar sus carencias; ha de clasificarse a una buena porción de los migrantes venezolanos, según los términos antedichos, en *migrantes económicos*.

III. Argumentos favorables a la inmigración

Un correcto y completo argumento económico y cultural en favor de la inmigración debe contar con dos sostenes: primero, la justificación del aumento poblacional que esta ocasiona (cuando trasciende los pequeños casos individuales, y se empieza a contar en decenas de miles o centenares de miles); y segundo, las posibilidades del lugar de destino de absorber culturalmente a los postulantes que quieren compartir suelo.

III.A) Crecimiento poblacional como aliciente económico

En *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, Friedrich Hayek esgrimió una defensa del incremento poblacional como necesario para el desarrollo de los órdenes extensos basados en el comercio y la especialización:

A medida que se intensifican los procesos de intercambio y se perfeccionan los medios de comunicación y transporte, el aumento demográfico no puede sino resultar favorable a la evolución económica, ya que favorece una más acusada diversidad laboral y una aún más elaborada diferenciación y especialización, todo lo cual sitúa a la sociedad ante la posibilidad de aprovechar recursos económicos antes inexistentes y elevar así notablemente la productividad del sistema.¹⁵⁵

¹⁵⁴ En otros casos, ciudadanos venezolanos huyen del país por ser perseguidos políticos, siendo esta la principal motivación, al margen de su situación económica personal.

¹⁵⁵ Hayek, F. A.; *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, Unión Editorial, tercera edición, Madrid, 2011, p. 200

El avance del motor civilizatorio en progresos económicos, conquistas tecnológicas y descubrimientos científicos, requiere su combustible, y este es el aumento demográfico, que permite optimizar la división del trabajo, profundizar las especializaciones, y ampliar el dominio sobre la técnica que catapulta a nuevos estadios de calidad de vida.

III.B) Posibilidades de absorción cultural de los migrantes

La compatibilidad cultural de los inmigrantes con un país como Argentina se mide en relación a las bases fundamentales de la civilización occidental y demostraciones empíricas.

Los inmigrantes venezolanos no llegan en masa al país en actitud confrontativa, para imponer una cultura violenta que choque de frente contra los más íntimos y caros valores morales, ni planean organizada y sistemáticamente una invasión que eche por tierra la Constitución Nacional, como así tampoco se manifiestan en contra de los Derechos Humanos que la mayoría de los ciudadanos argentinos y su Ley Suprema tienden a justipreciar.

Al contrario, los inmigrantes venezolanos comparten cimientos culturales de Occidente (valoran la libertad, el trabajo y el progreso, y por eso mismo se van de su país donde no encuentran lo uno ni lo otro), y su situación de huida constituye una expresión más en Latinoamérica de que los Populismos funden naciones enteras.

A su vez, desde lo fáctico, se prueba día a día que los inmigrantes venezolanos pueden convivir perfectamente con sus nuevos vecinos, encontrar trabajo de manera rápida, y enderezar su vida (lo cual no fue el caso de ciertos inmigrantes sirios que no lograron adaptarse a la nueva vida en Argentina, y optaron por regresar a su lugar de origen, aun encontrándose este en medio de un conflicto bélico).

III.C) Integración: inmigración venezolana económicamente adecuada y culturalmente afín

Tómense los motivos económicos y culturales e intégrenselos en una visión fundada sobre el fenómeno migrante, y luego contrástese tal visión con la situación opuesta.

La inmigración venezolana es prometedora de beneficios económicos de acuerdo a su demostrada ética de trabajo, y el ahínco por recuperar calidad de vida y colaborar financieramente con sus familiares.

A su vez, los inmigrantes venezolanos no deparan problemas de integración cultural. Comparten valores con los argentinos nativos, son conscientes de los instrumentos de Derechos Humanos que imperan regional e internacionalmente, y se muestran respetuosos de la ley y el orden.

En contraposición, se encuentran casos de incompatibilidades culturales como los que sufre Europa, donde enormes cantidades de inmigrantes musulmanes con descendencia nativa pretenden instalar prácticas culturales violentas y leyes religiosas aplicadas por una autoridad islámica paralela a las autoridades oficiales de los países anfitriones. No desean integrarse económicamente al mercado, y prefieren una vida en la marginalidad donde pueden financiar en negro actividades de agitación y terrorismo.

Esto no quiere decir que todo inmigrante musulmán resulta indeseable para un país europeo, ni que intentará imponer a sangre y fuego su propia cosmovisión religiosa. Existen practicantes del Islam que prefieren seguir versiones moderadas y atemperadas de las exigencias religiosas, y no quieren entremezclarlas con cuestiones de orden público del Estado en que viven.

En el Estado de Derecho no hay lugar para planteos racistas que perfilen incompatibilidades de orden metafísico -que un individuo por su propia naturaleza presuntamente inferior no pueda convivir con otro de orden superior-, ni para persecuciones por delitos de pensamiento -habrá que verificar luego las manifestaciones físicas de esos pensamientos-.

Donde se pone atención es en el hecho de que muchos inmigrantes claman estar organizados para sistemáticamente demoler las bases jurídicas y culturales de los países occidentales, y demuestran que su intención es transformarlos en Califatos al servicio del Totalitarismo religioso.

Recibir en masa a inmigrantes que explícitamente manifiestan querer atacar a los anfitriones, no contribuye económicamente al progreso, y culturalmente es un riesgo para la supervivencia del estilo de vida local.

IV) Pruebas del argumento

A continuación, se presentarán pruebas sustentadoras de los razonamientos esbozados en torno a la inmigración, primero desde la mirada histórica, y luego desde la actualidad.

IV.A) Prueba en la historia

Aquí se examinarán un antecedente histórico de rotundo fracaso ocasionado por indebida restricción inmigratoria, y uno de notable éxito por el favorecimiento de la inmigración.

Durante el Mandato Británico sobre Palestina (1920-1948), expresión jurídica de la administración y control en la zona que la Liga de las Naciones acordó al Reino Unido finalizada la Primera Guerra Mundial, las autoridades británicas debían asegurar el establecimiento de un “hogar nacional judío” (el futuro Estado de Israel).

Por aquellas décadas, los judíos llegaban en masa a la histórica *Eretz Israel* (Tierra de Israel, posteriormente llamada Palestina por el Imperio Romano), con el sueño de reconstruir su patria ancestral, y al acecho de las persecuciones políticas árabes y europeas (entre estas últimas, el Nacionalsocialismo).

Pero el Mandato incumplió su promesa y traicionó las razones por las cuales había sido concedido. Lanzó las políticas de *Libro Blanco*,¹⁵⁶ por las cuales planificó una restricción de la inmigración judía, luego la prohibición de la misma, y obstaculizó a judíos la adquisición de derechos de propiedad sobre tierras bajo la Administración británica.

Las razones (en rigor *excusas*) esgrimidas por las autoridades extranjeras deambulaban entre el crecimiento demográfico árabe (en un momento, por conveniencia geopolítica, los británicos deseaban que los árabes fueran mayoría); la preocupación por el nivel de vida de los árabes (los judíos europeos que llegaban con mayor instrucción supuestamente los dejaban sin trabajo); y la no afectación de la “capacidad económica de absorción” del país.

Tal mentalidad autoritaria, discriminatoria, arbitraria y antieconómica provocó nefastos resultados, en perjuicio de los potenciales resultados que ofrecía la inmigración judía.

Primero, condenó a muchos judíos fuera de Israel a perecer en manos de sus verdugos, o a inmigrar ilegalmente (con los problemas jurídicos que ello podía acarrear).

Segundo, la decisión de apoyar una mayoría demográfica árabe para bloquear el establecimiento del hogar judío contribuyó a que los judíos fueran percibidos como invasores en vez de legítimos trabajadores de una tierra desolada.

¹⁵⁶ Los Libros Blancos

Link de consulta: [www.hejalutzlamerjav.com.ar/wordpress/jinuj/sionismo].

Tercero, los judíos traían consigo la ética del esfuerzo personal y el entusiasmo por el trabajo, nuevas tecnologías y renovadas visiones, que no se conocían ni se implementaban por las tribus y grupos nómades que habitaban la región. La producción despegó gracias a los judíos, y la tierra se hizo habitable gracias a los judíos, por lo cual muchos árabes se incorporaron a circuitos laborales antes impensados gracias a los judíos. Atentar contra los judíos no solamente era atentar directamente contra el trabajo de judíos, sino también indirectamente contra las posibilidades laborales de los árabes.

Cuarto, el país no tenía una capacidad económica de absorción determinada a la cual los inmigrantes debían adaptarse; más bien, eran los inmigrantes quienes habían puesto en marcha la economía de la zona, y la llegada de nuevos inmigrantes aumentaba dicha capacidad mientras aumentaba la productividad. No era de extrañar que árabes no residentes en Palestina se acercaran en búsqueda de trabajo al saber que con productores judíos tendrían una oportunidad. Lejos de la teoría de Hayek, los Comisionados británicos habían decidido implementar políticas asimilables a la concepción de Thomas Malthus, quien en los albores del siglo XIX se mostraba pesimista respecto del aumento poblacional y pensaba que el fenómeno desembocaría en una crisis de alimentación.

El segundo antecedente histórico de referencia sucedió en Argentina. Sabido es que el país se formó como un “crisol de razas” (expresión de antaño), y conviene recordar cómo llegó a serlo. No fue simple casualidad; hubo un ordenamiento jurídico y una política de Estado receptivos a la inmigración.

La llamada *Cláusula del Progreso* incluida por Juan Bautista Alberdi en su *Proyecto de Constitución* de 1852, establecía en el artículo 67 que correspondía al Congreso estimular la inmigración y la importación de capitales extranjeros.¹⁵⁷ Tal pensamiento fue finalmente receptado en la Constitución Nacional de 1853.

Contextualizando el favorecimiento de la inmigración junto a la libertad económica que caracterizó al país en sus orígenes, y que posibilitó su posicionamiento entre las naciones más prósperas del globo, se entiende que los nuevos habitantes encontraban en esta tierra un lugar donde las posibilidades de éxito y crecimiento se respiraban en el aire.

¹⁵⁷ Alberdi, Juan Bautista; Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi de 1852, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2016
Link de consulta: [<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcf20x5>].

IV.B) Prueba en la actualidad

La prueba en favor de la inmigración en la actualidad se encuentra en los inmigrantes venezolanos económicamente productivos y laboralmente valiosos

La inmigración venezolana ha crecido año a año tanto en Argentina en general como en la Provincia de San Juan. A nivel nacional, se radicaron 1.911 venezolanos en el 2012; 2.285 en 2013; 2.636 en 2014; 5.798 en 2015; 12.859 en 2016; y 31.167 en 2017, el año de la explosión inmigratoria (27.075 radicaciones temporarias y 4.092 permanentes).¹⁵⁸ A nivel provincial, también se ha evidenciado el aumento: 18 residentes en el año 2016, y 86 en 2017.¹⁵⁹

La mayor parte de la inmigración venezolana está compuesta por jóvenes con título profesional. Tienen instrucción y la capacidad de conseguir empleo en un corto período de tiempo. De tal manera, contribuyen a aumentar la productividad en el país.

No son susceptibles de ser señalados legítimamente como “exportadores de narcotráfico” o “mano de obra barata”, etiquetas a las que posiciones nacionalistas contrarias a la inmigración, ancladas en diversos puntos del espectro político, suelen recurrir con liviandad.

Además, como nota adicional, reportes indican que entre los jóvenes inmigrantes se encuentran muchos ingenieros;¹⁶⁰ precisamente la profesión que se denuncia como escasa en Argentina: se escucha decir que hay muchos abogados y psicólogos, pero faltante de ingenieros. Por ende, la inmigración venezolana -en la medida en que los profesionales puedan dedicarse a aquello para lo que estudiaron- colabora en cubrir un agujero importante en el mercado laboral argentino, ofertando precisamente lo que la demanda reclama desde hace tiempo.

¹⁵⁸ Éxodo venezolano: ¿cuántos se radican en la Argentina por año?”, Romina Colman y Belén Ferrari, La Nación, 19/02/2018

Link de consulta: [<https://www.lanacion.com.ar/2109831-exodo-venezolano-cuantos-se-radican-en-la-argentina-por-ano>].

¹⁵⁹ Venezolanos en San Juan: en un año, 377 % más

Link de consulta: [<https://www.tiempodesanjuan.com/sanjuan/2018/3/24/venezolanos-juan-ao-210432.html>].

¹⁶⁰ Inmigración venezolana: en 2017 se radicaron en el país 4116 ingenieros

Link de consulta: [<https://www.lanacion.com.ar/2113325-inmigracion-calificada-en-2017-se-radicaron-en-el-pais-4116-ingenieros-venezolanos>].

V. Conclusión

La inmigración venezolana es un caso palpable de inmigración culturalmente afín y económicamente rentable, a ser aprovechada por el país en aras del enriquecimiento cultural y económico.

Los inmigrantes venezolanos, entre quienes hay profesionales de experiencia y jóvenes laboralmente activos, permiten el aumento de la productividad y la satisfacción de demandas en el mercado.

Siendo tarea del Derecho Administrativo de la Economía de tinte liberal el acompañamiento de los procesos económicos mediante reglas claras y sencillas en vez de su entorpecimiento con burocratización inútil, lo que ha de procurarse es agilidad en la tramitación para la recepción de los migrantes, y eliminación de regulación económica intervencionista para facilitar su inserción y desempeño laboral.

Capítulo 14. Corrupción

I. Introducción

“La corrupción mata” suele escucharse cada vez que se produce un siniestro con víctimas fatales, atribuible a la falta de cumplimiento de funciones o a condenables manejos de fondos por parte de representantes de la Administración Pública.

Plasmados en los hechos, los efectos de la corrupción llegan hasta el señalado nivel de gravedad. Ahora bien, es un fenómeno aún mayor que no se limita a cobrarse vidas: se instala en la sociedad y genera una cultura de saqueo, dádivas, deshonestidades y evasión de elementales principios como la buena fe y la juridicidad.

La corrupción va de la mano con la trampa, lo inconfesable, y la desagradable práctica de esquivar una institución tan cara a la República como la rendición de cuentas.

Es por ello que los Estados -los entes donde se generan los nichos de corrupción- han decidido, a través de instrumentación internacional, comprometerse en la lucha contra la misma, y lograr así un marco de transparencia que controle el buen desempeño y castigue las malas conductas de los funcionarios públicos.

Así nace la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) de la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptada en Caracas el 29/03/1996 y entrada en vigor al siguiente año.¹⁶¹ Su examen es el motivo del presente capítulo.

II. Conceptualización

La Convención no conceptualiza la *corrupción*; enumera los que serán considerados *actos de corrupción*, y menciona aquellas conductas que los Estados Parte se obligan a considerar para tipificar en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. *Ergo* para conseguir un concepto de corrupción debe recurrirse a los aportes académicos. En

¹⁶¹ Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58)

Link de consulta: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp].

este apartado se analizarán tanto las definiciones de corrupción como las calificaciones de actos de corrupción.

II.A) ¿Qué es la corrupción?

Como definición amplia se dice que la corrupción es el mal uso del poder público para beneficio privado por parte de un político electo o un funcionario civil nombrado.¹⁶²

Una definición científica es aportada por Petrus C. van Dyne: “La corrupción es una improbidad o decadencia en el proceso de toma de decisiones, en el cual el decisor consiente en desviar o demanda la desviación del criterio que debería regir su toma de decisión, a cambio de una recompensa o por la expectativa de recibir una, en tanto estas motivaciones que influyen su toma de decisión no pueden formar parte de la justificación de la decisión”.¹⁶³

Mirta Sotelo de Andreau se aproxima al concepto a través de la etimología, el diccionario y una interpretación a partir de su letra:

“¿Qué significa corrupción? Del latín “corruptio”, significa la acción y efecto de corromper o corromperse. En su acepción lingüística y siguiendo el diccionario de la lengua española se la define como: "sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona con dádivas o de otra manera". O sea que en una acepción amplia podemos hablar de la influencia dañosa sobre la conciencia de un individuo a través de diversos medios. A veces se requiere de dos partes: quien promueve la acción y quien la acepta. Y otras veces es una autocomposición: se corrompe el individuo sólo”.¹⁶⁴

Para mostrar consonancia con las expresiones vertidas en la Convención, aquí se entenderá la corrupción como una inconducta por parte de un funcionario público, que afecta el uso o destino de bienes o fondos públicos, impidiendo la utilización o curso normal que hubieran tenido de actuarse conforme a Derecho.

En cuanto a los elementos de la definición según este criterio, los *sujetos activos* del delito de corrupción son funcionarios públicos y personas que ejercen función pública.

¹⁶² What is corruption?

Link de consulta: [<http://www.corruptie.org/en/corruption/what-is-corruption/>].

¹⁶³ Ibidem

¹⁶⁴ Sotelo de Andreau, Mirta; La corrupción. La cultura del autoengaño. ¿Justificación de inconductas o cambio?, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE.

Link de consulta: [<http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-025.pdf>].

El *objeto* sobre el cual recae la corrupción son bienes y fondos públicos. La *acción* es aquella que quita a los bienes y fondos públicos de su normal y legal utilización y circulación, y los afecta a un uso o destino irregular e ilegal. El *sujeto pasivo* en abstracto es la Administración Pública, ya que los bienes y fondos que maneja son los afectados, pero en concreto el perjuicio se produce contra quienes financian y sostienen la Administración, que son los particulares administrados.

II.B) Los actos corruptos

En el artículo VI de la Convención se describen aquellos actos de corrupción sobre los cuales el instrumento resulta aplicable, entre los que se encuentran: la aceptación o el ofrecimiento de dádivas a cambio de la realización u omisión de un acto en ejercicio de funciones públicas; los actos u omisiones para obtener ilícitamente beneficios para sí o para terceros; y el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes.

Así mismo, el artículo XI apunta a estimular el desarrollo progresivo de las legislaciones nacionales de los Estados Parte para que tipifiquen conductas tales como: aprovechamiento indebido de información privilegiada o reservada; aprovechamiento indebido de bienes del Estado o empresas de las que se forme parte; acciones u omisiones por las cuales se obtengan beneficios ilícitos haya o no detrimento patrimonial del Estado; y desviación de bienes o dinero que se hubieran percibido en razón del cargo ocupado.

En paralelo, la Convención deja abierta la posibilidad de penalización de cualquier otro acto de corrupción además de los expresamente mencionados. Esto se condice con el propósito abarcador del texto de combatir todas las prácticas corruptas que estén asentadas y las que se vayan desprendiendo en violación a lo estipulado.

III. Cuenta pendiente: participación ciudadana

Mercedes Argaña argumenta:

“...una fortaleza importante de la CICC es el planteamiento de las dos grandes “familias” de medidas anticorrupción: (1) las preventivas y (2) las penales. Esto significó mucho a la hora de encarar discusiones para elaborar estrategias de acción con los distintos sectores, ampliar el enfoque de las alternativas a otros aspectos más allá de los criminales. Facilitó la identificación de los ejes de trabajo que distintas organizaciones de la sociedad civil se encuentran impulsando, tendientes a garantizar el acceso a la información de

interés público y la promoción de la participación ciudadana en el control de la cosa pública. Mientras que para las instituciones públicas sirvió como guía para establecer prioridades.”¹⁶⁵

Acorde a tal criterio, ha de considerarse que la Convención es una contribución tanto para impedir que se produzcan actos corruptos futuros como para penalizar los ya acaecidos. A su vez, el instrumento fomenta la adopción de legislación interna para combatir la corrupción, y favorece la cooperación internacional para perseguirla allí donde se encuentre.

Ahora bien, no hay una mención explícita de la *participación ciudadana* en su texto legal. En el decir de la autora precitada, ha servido como instrumento de promoción; pero sería bueno que a futuro se contase con herramientas contemplativas y promotoras expresamente de la intervención controladora de la ciudadanía sobre el accionar de los funcionarios públicos que la representan.

No debe olvidarse que el Estado es el generador de la corrupción. Por ende, si se deja el combate contra la misma únicamente en manos del propio Estado, se estará en presencia de un escenario donde el ente corrupto es el encargado de perseguirse y sancionarse a sí mismo, sin ninguna injerencia externa.

Es aquí donde el rol de la ciudadanía puede resultar fructífero como monitoreo y control externo. De cara a su aprovechamiento, la cuenta pendiente es la implementación de mecanismos de fiscalización por medio de los cuales los involucrados en la actividad pública se sometan al seguimiento de particulares que no formen parte de la misma Administración.

IV. Conclusión

La conclusión tiene un aspecto de reconocimiento y un aspecto de llamado de atención.

En primer lugar, se rescata el aporte de lo que significa un esfuerzo internacional conjunto para combatir la corrupción. Que se efectúen declaraciones y compromisos por escrito son, al menos en primera instancia, gestos hacia la transparencia y buen uso de los

¹⁶⁵ Argaña, Mercedes; ¿Qué hace importante a la Convención Interamericana contra la Corrupción para nuestros países?

Link de consulta: [http://www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/index.php?option=com_content&view=article&id=243].

recursos públicos. Gestos que, por supuesto, deben ser acompañados por la contundencia e implacabilidad de la acción incesante contra la corrupción.

Ahora bien, no debe olvidarse que muchos de los signatarios de la Convención son responsables de que la corrupción exista, y que frecuentemente (cuando no en la totalidad de las veces) esta quede impune. La ciudadanía no debe ser ingenua: al Estado le encanta ser juez y parte; las campañas políticas son especialistas en declaraciones vacuas sin posterior aplicación efectiva; y los planes de corrupción enmascarados bajo supuestas reglas de anticorrupción están a la orden del día en Gobiernos poco afectos al control.

Por ello, si la lucha contra la corrupción pretende tener chances de éxito, se requiere que la ciudadanía activa de cada uno de los Estados Parte exija el protagonismo que le es debido en las acciones de control. Sus intereses no pueden quedar a merced de Oficinas Anticorrupción inactivas, burocracia atravesada por intereses políticos, y funcionarios dependientes de directrices partidarias. La estructura del poder público se preserva a sí misma, y el hecho de que no haya instancias fiscalizadoras en cabeza de los administrados contribuye a la falta de explicaciones de la Administración de cara a la sociedad.

Capítulo 15. Libertad de expresión

I. Introducción

Thomas Jefferson escribió: “...si dependiera de mí decidir si deberíamos tener un gobierno sin periódicos o periódicos sin un gobierno, no dudaría ni un momento en preferir lo último”.¹⁶⁶ Aplicar este enfoque conlleva reconocer que la libre expresión es suprema: llegado el caso, y para preservar la libertad, puede faltar Gobierno, pero no puede faltar prensa.

La *libertad de expresión*, con sus correlatos necesarios que son la *libertad de prensa* y la *libertad de publicación* –derecho también conocido como *libertad de imprenta*–, son uno de los principales signos característicos de las sociedades libres¹⁶⁷ y abiertas.¹⁶⁸

Por el contrario, en aquellos lares donde la Administración Central tiene poderes para silenciar voces –las cuales obviamente resultan ser voces disidentes–, las sociedades son esclavas y cerradas.

En este capítulo se abordará la recepción en instrumentación jurídica del derecho de expresión, en tanto fundamento esencial de la libertad del individuo y la interacción con sus pares en un marco social.

¹⁶⁶ “From Thomas Jefferson to Edward Carrington, 16 January 1787,” Founders Online, National Archives. [Original source: *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 11, 1 January–6 August 1787, ed. Julian P. Boyd. Princeton: Princeton University Press, 1955, pp. 48–50.]

Link de consulta: [<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-11-02-0047>].

¹⁶⁷ Según Ayn Rand, “sociedad libre” es equivalente a Capitalismo, y “su fundamento indispensable es el principio de los derechos del individuo”.

Ver: Rand; *La virtud...*, op. cit., p. 133

¹⁶⁸ Karl Popper señala que la “sociedad abierta” es aquella que “pone en libertad las facultades críticas del hombre”, y en la cual “los individuos deben adoptar decisiones personales”.

Ver: Popper, Karl R.; *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, España, 2006, p. 15, 189

II. Conceptualización

La libertad de expresión es el principio que reconoce la facultad del individuo para manifestar sus visiones y opiniones sin sufrir censura.

En la relación individuo-Gobierno se verifica su cumplimiento. Por un lado, la persona como *sujeto activo* tiene la posibilidad de exteriorizar y dar a conocer sus puntos de vista y posiciones; y por el otro, el Gobierno como *sujeto pasivo* no debe atentar contra dicha exteriorización para acallarla o limitarla.

Como derecho, la libertad de expresión no es primario sino un corolario:

A) Deriva del *derecho a la libertad individual*, que es *ausencia de coerción* para que la persona se desenvuelva según sus preferencias. La libertad permite a los individuos ser y hacer, y una de esas manifestaciones de actividad es la de emitir opiniones y expresiones desde su fuero interno hacia el fuero externo. Si no existe libertad primaria como antecedente, no puede existir libertad secundaria como consecuente.

B) Es posible gracias al *derecho de propiedad*, que permite a la persona *dominio, posesión o contratación* de los medios para expresarse. En el caso de las manifestaciones difundidas a escala considerable por medios de comunicación, de no haber derecho de propiedad privada no existiría el derecho a la libre expresión sino eventuales permisos otorgados por la autoridad pública. En el caso de las simples opiniones, igualmente se necesita al menos un mínimo de derecho de propiedad, para que la persona se exprese libremente en su ámbito privado (por ejemplo, su casa), o bien en la vía pública (propiedad pública que en cierta medida le pertenece como contribuyente).¹⁶⁹

III. Libertad de expresión en el Derecho Supranacional

Los instrumentos internacionales y regionales dan cabida a la libertad de expresión, reconociendo la mencionada importancia que conlleva para el normal y dinámico desenvolvimiento de los individuos en sociedad.

¹⁶⁹ Mayor desarrollo del tema en: Eiben, Ezequiel; Libertad de Expresión en una Sociedad Libre y Abierta, 1º Congreso Nacional de Libertad de Expresión y Derecho a la Participación Ciudadana, San Juan, 3 y 4 de mayo de 2017, organizado por Fundación LEMA

Link de consulta: [https://www.youtube.com/watch?v=XWns05d_hNw].

III.A) Derecho Internacional

La Declaración Universal de los Derechos Humanos la consagra en el artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.¹⁷⁰

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también reserva su artículo 19 para reconocer el mismo derecho, estableciendo que “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”, y que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.¹⁷¹ A su vez, deja abierta la puerta a la imposición de ciertas restricciones teniendo en consideración los derechos y reputación de los demás, y cuestiones de orden público.

Incluso la Convención sobre los Derechos del Niño se encarga en el artículo 13 de consagrar el derecho para los menores de edad, que no por ser menores dejan de ser titulares del mismo: “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.¹⁷²

III.B) Derecho Regional

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), regula la libertad de expresión en el artículo 13: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. En atención a las consideraciones de orden público y de derechos y reputación de los demás, fija un criterio para el caso de violación a dichos recaudos: “El

¹⁷⁰ La Declaración Universal de Derechos Humanos

Link de consulta: [<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>].

¹⁷¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Link de consulta: [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>].

¹⁷² Convención sobre los Derechos del Niño

Link de consulta: [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>].

ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores (...)”.¹⁷³ Es decir, el Estado podrá penalizar *ex post facto* expresiones que no cumplan con lo estipulado por su poder de policía y leyes vigentes; pero de ninguna manera podrá atribuirse la facultad de funcionar de antemano como un censor que anule un debate en forma preventiva, anticipe decisión sobre el asunto, e impida que la expresión salga a la luz.

En el caso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el reconocimiento también es explícito: “Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.¹⁷⁴

III.C) Jurisdicción Internacional

La Corte Internacional de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han fijado criterio jurisprudencial a favor de la protección de la libertad de expresión como Derecho Humano fundamental.

Los países suscriptores de los instrumentos revisados *ut supra* están bajo la órbita de los Magistrados encargados de aplicar el Derecho y velar por el respeto de los derechos de los ciudadanos -entre ellos la mencionada libre expresión-.

Una tendencia jurisdiccional que ratifica el rumbo favorable a la libertad de expresión son los fallos internacionales contra los Estados Miembro cuando abusan en la imputación de delitos como injurias y calumnias, y los instan a adecuar su Derecho interno a los parámetros internacionales de tolerancia discursiva.¹⁷⁵

De ello se hace eco la tendencia doctrinaria que apunta a la eliminación de tales delitos de los Códigos Penales nacionales vigentes en los Estados Miembro.

¹⁷³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
Link de consulta: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

¹⁷⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
Link de consulta: [<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>].

¹⁷⁵ Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 7. Capítulo VI – Leyes de desacato y difamación criminal
Link de consulta: [<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=442&IID=2>].

IV. Dos críticas a la implementación de la libertad de expresión

En aras del mejoramiento del derecho a la libertad de expresión, se esbozan aquí dos críticas respecto de su implementación.

IV.A) Derecho y servidumbre

La primera tiene que ver con la confusión entre lo que filosóficamente significa un derecho, y lo que es una imposición de servidumbre sobre la libertad de otros.

Un derecho es un principio que delinea el marco de libertad dentro del cual puede actuar el individuo. El derecho individual no implica que otros le deben obligatoriamente a su titular los medios para que lo ejerza. Por ende, la libertad de expresión permite a hombres y mujeres manifestarse; pero no avala *coaccionar* al prójimo para financiarles las vías de manifestación. Sostiene Ayn Rand: “El derecho a la libertad de expresión significa que un hombre tiene el derecho de expresar sus ideas sin temor a la represión, interferencia o acción punitiva del gobierno, no que los demás estén obligados a proveerle una sala de conferencias, una emisora de radio o una imprenta para que pueda hacerlo”.¹⁷⁶

En ciertos países y ámbitos internacionales y regionales, la interpretación del derecho a la libertad de expresión suele ir a contramano del criterio de Rand. Se cree que, por el hecho de que una persona tiene libertad de expresión, los medios de comunicación están obligados a publicarla; incluso a garantizarle el derecho a réplica si se siente perjudicada por una publicación.

Tanto un caso como el otro implica violación de los derechos de libertad y propiedad, sobre los cuales reposa la libertad de expresión. Obligar a un medio de comunicación a publicar la voz de quien no desea publicar -sea porque este último se cree con derecho a ser escuchado desde plataformas ajenas sin su consentimiento, o porque se siente ofendido por otra publicación- atenta contra la libertad de criterio editorial, y se inmiscuye en la propiedad privada al obligar a una parte a proveer el canal de manifestación de la otra parte.

Sostener el origen de *derechos derivados* a partir de conculcar los derechos que constituyen su *raíz* es una contradicción en términos. De la violación de derechos antecedentes protagonizada por una parte no puede originársele a esta un derecho consecuente: la libertad de expresión no puede nacer de la violación a la libertad y la propiedad. Por ende, obligar a una parte a publicar a otra parte independientemente de su criterio y en

¹⁷⁶ Rand; *La virtud...*, op. cit., p. 140

afrenta a su voluntad, no es libertad de expresión, es *sometimiento vía coerción*. Es imponer una *servidumbre* sobre la libertad y propiedad del sometido.

IV.B) Restricciones gubernamentales

La segunda crítica apunta a los Gobiernos: las restricciones que imponen -basándose principalmente en consideraciones de orden público- se convierten en un *arma política*, con potencial destructor de debates abiertos y alarmante capacidad de silenciamiento.

En una sociedad plenamente libre, la libertad de expresión debe ser absoluta e irrestricta (por supuesto de implementación contextual, por ejemplo, en protección de los menores de edad, como se verá en el siguiente apartado).

Los individuos tienen que poder hablar, publicar, conocerse, intercambiar; son ellos los dueños de su mente, su boca, sus manos. El individuo es creador y generador de mensajes, y forma parte de su libertad difundirlos y transmitirlos a otros.

A ninguna autoridad externa a la razón del individuo debe reconocérsele potestad alguna de transformarle su derecho en un permiso por el cual deba hacer fila para pedirlo. Tampoco prerrogativa para obstaculizar el derecho individual de dar a conocer pensamientos, bajo la invocación difusa de un presunto interés general -lo que apunta más a cuidar un interés político faccioso que a los intereses individuales de los ciudadanos-.

V. Contexto en la libertad de expresión

Que la libertad de expresión sea absoluta no quiere decir que deja de ser contextual; por lo tanto, resulta procedente atender ciertas salvedades que se presentan según las circunstancias del contexto.

V.A) Ciudadanía y Estado

El principio de libertad de expresión se refiere a personas en su carácter de *ciudadanos comunes*, considerados individualmente o asociados. Aplica a privados, no a los integrantes del aparato del Estado.

Quienes integran el Estado, en su carácter de representantes y empleados públicos, deben amoldarse a las leyes y reglamentos que crean sus puestos y regulan sus actividades, y no tienen mayor margen de maniobra que los previstos en la normativa.

Los ciudadanos comunes son los mandantes y los miembros del Estado son los mandatarios. Es el pueblo quien concede el mandato; no hay autoridad estatal que brota de sí misma y para sí misma. La Administración le debe respeto a los administrados, y no puede atentar contra ellos, ni siquiera en apelación a la libre expresión.

Los ciudadanos son los que pueden hacer todo lo que la ley no prohíbe, y los funcionarios son los que deben hacer únicamente lo que la ley les permite. Así las cosas, no corresponde que del ámbito estatal surjan conductas que menoscaben los derechos de los individuos, y ello incluye las manifestaciones discursivas.

¿Qué sucede si todos los integrantes de una sociedad están de acuerdo en construir un Gobierno interventor y autoritario que afecte la libre expresión? Una sociedad es libre de elegir por *unanimidad* tal camino, si así es la voluntad de sus miembros.

Pero mientras el objetivo de la sociedad sea promover la libertad y la vida civilizada, alejándose de los autoritarismos que complican o prohíben las comunicaciones, los miembros del Estado no han de considerarse *jefes*, sino *empleados*. Los administradores no pueden ampararse en la libertad de expresión para maltratar y amedrentar a los administrados, ya que son sus empleados, sus mandatarios, y su razón de ser es la actuación en beneficio y no en perjuicio de la ciudadanía. La libertad de expresión no es excusa para violaciones a la representatividad y a la actuación circunscripta al Derecho por parte de los estatales.

V.B) Mayoría y minoría de edad

El entendimiento de la libre expresión ha de tener en cuenta la *edad* y el correspondiente *desarrollo cognitivo* de los individuos; ello en razón de que los menores de edad son objeto de especial protección en los ordenamientos jurídicos.

El ejercicio irrestricto de la libertad de expresión aplica a las relaciones entre adultos; y la situación especial de los niños merece una consideración especial.

La discusión de ideas tanto nobles como horribles; la práctica civilizada de tolerancia para opiniones ajenas contrarias a la propia; y el reconocimiento del derecho a hablar por más que se digan depravaciones, sin reclamar violencia contra el emisor del mensaje; son factores que presuponen personas intervinientes mayores de edad, con cierta madurez, que pueden emplear sus facultades cognitivas con el alcance que les permite la adultez.

No puede bregarse por la exposición de infantiles a adoctrinamientos e ideas degeneradas y pervertidas, en pugna con su capacidad de entendimiento que aún no completa su desarrollo, y que lucen objetivamente como contraproducentes para su mentalidad. El lavado de cerebro de niños -género respecto del cual el lavado cerebral con motivos políticos es la especie-, redunda en una conducta abusiva y aberrante, la cual no encuentra amparo en el ejercicio de la libertad de expresión de adultos maduros.

V.C) Daño físico y psicológico

En una sociedad libre y abierta prima la libertad, y lo que está proscripto, acorde a Ayn Rand, es el *inicio* del uso de la fuerza física. Nadie tiene derecho a forzar a otros a hacer lo que no quieren hacer. El empleo de la fuerza se justifica únicamente como *represalia* contra quien inició su uso.

Por ende, lo lógico es que el derecho a la libertad de expresión esté irrevocablemente protegido. No se prohíbe hablar ni escribir ya que no se trata de actividades que impliquen iniciar la fuerza contra el prójimo.

Ahora bien, para mantener actualizada dicha posición filosófica, resulta menester estudiar y considerar los avances científicos en la investigación de la mente humana; en el caso de marras, los efectos mentales que se producen en el individuo cuando recibe comentarios agresivos proferidos por terceros.

De tal forma, se podrán analizar y distinguir las situaciones en que esa clase de comentarios provocan un mero disgusto –a veces inevitable para quien participa en discusiones que por naturaleza implican contrapuntos-; y aquellas cuando la repercusión excede el disgusto normal y llega a causar un *daño psicológico*, lo cual tiende a traducirse en un daño físico.

En base a dicha distinción es que deberá considerarse lo que queda sumido en el ejercicio de la libre expresión, y lo que trasciende la legítima esfera de acción individual para convertirse en una manifestación dañina contra otro.

Piénsese en los casos donde una persona se comporta de manera insoportable frente a otra, nunca golpeándola con los puños, pero permanentemente insultándola, denigrándola, y proyectándole el acontecimiento de males futuros.

Violencias distintas a la concreta violencia física ya se estudian en el Derecho Penal con enfoque de género. Lo que aquí se considera, en relación al Derecho Administrativo y particularmente en referencia a la libertad de expresión, es la agresión que sin

manifestarse como ataque físico puede producir daños psíquicos y corporales, independientemente del género de agresor y agredido.

V.D) Amenazas y defensa propia

En un debate intelectual se intercambian, aceptan y refutan ideas. A efectos de mantenerse dentro del campo de la libre expresión, lo que comienza en el plano intelectual, allí debe desarrollarse y terminar. Pero las amenazas son otra cosa.

La libertad de expresión en tanto derecho individual no encaja dentro de las conductas que constituyen amenazas y tornan justificable una respuesta física violenta de manera defensiva. Aquel tipo de acciones ponen a la víctima en la sala de espera para recibir un daño; por lo tanto, es irracional exigirle que permanezca de brazos cruzados hasta que se consume.

En la medida en que un individuo anuncie a otro en forma creíble que le provocará un daño indebido; actúe para infundirle temor de que sufrirá un mal inminente; o su conducta sea conducente para interpretar intenciones dañinas realizables; la víctima tiene derecho a defenderse, incluso aplicando fuerza física.

El ataque físico preventivo es una forma válida de defensa propia cuando se está inmerso en una de esas situaciones. El agresor es quien crea la situación de conminación y comienza el enfrentamiento, mediante amenazas explícitas o mensajes implícitos, que colocan a la víctima en un estado de alarma que requiere acción de su parte para sortearlo.

La amenaza no es libre expresión; es *conducta delictiva*, y amerita defensa por parte del receptor de la misma.

V.E) Respeto al derecho de expresarse y a la idea expresada

Libertad de expresión implica el *respeto hacia el derecho de otros a proferir ideas*. No necesariamente implica el *respeto por la idea manifestada*.

Es de frecuente escucha la máxima “Hay que respetar las ideas de los otros”. Pero lo cierto es no hay obligación moral alguna de respetar las ideas que chocan contra la propia formación y resultan ofensivas o desagradables. Existen ideas respetables, y otras que no lo son. Y algunas de esas ideas pueden variar de categoría en el pensamiento de distintos individuos.

El hecho de pensar positivamente en el derecho a la libertad de expresión no conlleva que deba pensarse positivamente en lo que a través de tal derecho expresan otros. Ni que deba respetarse el contenido de una declaración además del derecho a declarar.

Respetar el derecho a expresarse es no agredir físicamente a quien se expresa ni actuar en pro de la censura gubernamental de sus ideas (sea porque molestan, contrarían nociones comunes, o simplemente porque son distintas a las propias creencias), y constituye una actitud deseable para vivir en una sociedad civilizada.

Respetar la idea expresada, en cambio, es algo que cada individuo tiene que evaluar, según su criterio, caso por caso. Puede que lo manifestado comulgue con el propio pensamiento, lo expanda por descubrir nuevas perspectivas, o lo corrija haciendo notar errores no percibidos, y que así la idea sea digna de respeto. O bien, puede que lo manifestado embista de frente la escala propia de valores, y ocasione tal repulsión que lo aleje del respeto.

Exigir respeto a todas las ideas, simplemente porque se comunican en ejercicio de la libertad de expresión, es exigir respeto a cualquier cosa independientemente de su calidad, intencionalidad, potencialidad y resultados. No puede exigirse que un judío respete ideas judeofóbicas, que un homosexual respete ideas homofóbicas, o que un inmigrante respete ideas xenófobas. No confundir respeto por la expresión de ideas con respeto por el contenido de dichas ideas.

VI. Conclusión

En este cierre de capítulo, nuevamente Thomas Jefferson aporta claridad de pensamiento: “[Estoy a favor] de la libertad de prensa, y contra toda violación de la Constitución para silenciar por la fuerza y no por la razón las quejas o críticas, justas o injustas, de nuestros ciudadanos contra la conducta de sus agentes”.¹⁷⁷

Haciendo extensiva su visión, los defensores de una sociedad libre y abierta rechazan los silenciamientos por la fuerza de las críticas de los ciudadanos, no solamente cuando están dirigidas contra el Gobierno, sino en todos los casos que burbujan dentro del marco civil. Condenan sin tapujos los intentos de emplear la fuerza para acallar voces

¹⁷⁷ “From Thomas Jefferson to Elbridge Gerry, 26 January 1799”, Founders Online, National Archives. [Original source: *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 30, 1 January 1798–31 January 1799, ed. Barbara B. Oberg. Princeton: Princeton University Press, 2003, pp. 645–653.]

Link de consulta: [<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-30-02-0451>].

discordantes con doctrinas oficiales o sacralizadas por el mero hecho de pertenecer a una mayoría circunstancial o considerarse exentas de análisis minucioso.

La libertad de expresión sirve para desarrollo personal, intercambio con otros, control e informe sobre la actividad gubernamental, y expansión del conocimiento en todas las áreas. El debate, la discusión y el esclarecimiento son las herramientas de quien no se siente impotente para explicar las verdades y las posiciones lógicas. La censura y persecución son los recursos del autoritarismo y la dictadura del pensamiento único.

Que el derecho a la libertad de expresión esté reconocido en los Estados occidentales, más allá de cuestiones criticables en cuanto a las formas y alcances, es un avance civilizatorio muy significativo. La tarea de impacto en el presente reside en no perderlo, y la tarea de impacto futuro reside en mejorar su implementación.

SECCIÓN III

PROPUESTAS DE REFORMA

Capítulo 16. Propuestas en relación a la teoría general – Parte 1: Derechos individuales

I. Introducción

Este capítulo inaugura la sección de propuestas, las cuales -en lo sucesivo- versarán sobre los temas tratados de teoría general, y Derecho Administrativo en los ámbitos nacional e internacional.

A continuación, se asientan precisiones para la sección en general y para el capítulo concreto.

I.A) Precisiones para la sección

Antes de abordar específicamente las propuestas que corresponden a la teoría general, se efectúan aclaraciones válidas para todas las que se presentan en la sección.

En líneas generales, las propuestas abordan reformas estatales, jurídicas y sistémicas, con el énfasis puesto en la Administración Pública -sus órganos, competencias y procedimientos- y los administrados -sus derechos y garantías-.

El propósito de su presentación es asentar lineamientos y sugerir ideas a tomarse como puntos de partida para implementar cambios en el ambiente administrativista; o bien como continuaciones y profundizaciones de aquellos factores que evidencian un direccionamiento correcto (como tales deben tomarse, y no como exhibiciones definitivas que agotan las investigaciones y discusiones). Todo ello en búsqueda de generar adaptaciones y mejoras, desde el Liberalismo filosófico y jurídico, respecto del ejercicio de la función pública en la Administración, el reconocimiento y garantía de los derechos del administrado, y la vinculación jurídica entre ambas partes.

El contenido de las propuestas consiste tanto en aportes originales como en reproducciones de ideas de diversas autorías, encausadas estas en relación a los temas aquí tratados. En ciertos aspectos, lo presentado se remonta a principios y acciones en algún

momento vigentes, que posteriormente perdieron aplicación, o la tienen de manera insuficiente. En dichos casos, la contribución en las líneas que siguen es la presentación integrada y coherente bajo una misma orientación filosófica y jurídica.

Por último, ha de tomarse en consideración que la posición aquí asumida es partícipe de un Derecho Administrativo Liberal en el marco de un Estado de Derecho que circunscribe la actuación de la Administración a aspectos esenciales y no innecesarios; fija una estricta limitación de los poderes de la autoridad; y consagra en modo ineludible el respeto por los derechos de los administrados. De ahí que, por más que se tomen algunos aprendizajes de autores que no necesariamente comulguen con el Estado liberal sino con variantes posteriores, su articulación de acuerdo a la presente visión siempre tendrá en miras el robustecimiento del enfoque liberal.

I.B) Precisiones para el capítulo

Los apartados que siguen comienzan con las propuestas de teoría general. Se toman en consideración las visiones filosóficas que sirven pilares esenciales a las concepciones constitucionales y administrativistas evaluadas en los primeros capítulos.

En primer lugar, se exhibirán los fundamentos para la teoría de derechos individuales que debiera primar a la hora de efectuar aportes para un Derecho Administrativo Liberal. Todo lo cual servirá de base para que, en los sucesivos capítulos, ello se conjugue con la concepción estatal de fondo a adoptarse, y se traduzcan dichos puntos en la consideración de principios y normativa constitucional e internacional, y finalmente, se proyecten en la rama administrativa.

II. Teoría de derechos individuales

En este apartado se expone sobre el entendimiento del individuo y sus derechos; la confrontación entre los derechos individuales y los derechos sociales; la concentración en la realidad para desarrollos acordes; y la necesidad teórica de reflejar objetivamente una concepción que abarque los puntos previamente señalados.

II.A) Entendimiento del individuo y sus derechos

El individuo es una entidad independiente y autosustentable. Él mismo es quien emprende acciones encaminadas a su subsistencia, preservación y mejoramiento de las condiciones vitales, de acuerdo a su propia voluntad.

No hay nada en su composición fisiológica y mental que lo aprisione a una voluntad externa, ni que le garantice el privilegio de aprisionar a sus semejantes con quien comparte humanidad.

La conceptualización de un derecho individual se afina en dicho entendimiento. Consecuentemente, si el individuo ha de procurarse los medios para el sostenimiento de su vida, el derecho individual implica un reconocimiento a la libertad de acción indispensable en pro de su realización como persona. Y si el individuo tiene la misma naturaleza racional que los demás, tal reconocimiento aplica también para ellos.

El individuo como tal, al igual que cada cosa existente en el universo, tiene su naturaleza específica. De la comprensión de dicha naturaleza individual, en tanto ser autónomo, racional y único, se deriva la idea de persona titular de *derechos inalienables*, a saber: derecho a la vida como primordial, y la sucesión lógica de allí desprendida -derecho a la libertad, y derecho de propiedad-.

El *derecho a la vida* es el reconocimiento del individuo como ser existente y animado, cuyo proceso vital se autogenera, y que posee y ejerce sus facultades para mantenerse. A su vez, implica el reconocimiento de protección frente a toda acción encaminada a exterminar tal proceso vital.

El *derecho a la libertad* es el reconocimiento del individuo como su propio dueño, capaz de tomar sus propias decisiones en manifestación práctica de sus criterios personales. En paralelo, implica el reconocimiento de protección frente a toda acción que pretende vulnerar su soberana voluntad.

El *derecho de propiedad* es el reconocimiento del individuo como director de su mente y de su cuerpo, que utiliza para obrar y producir resultados en la naturaleza, los cuales posee y conserva como fruto de su esfuerzo creativo o de intercambio. En simultáneo, implica el reconocimiento de protección de los bienes conseguidos frente a la rapacidad ajena.

II.B) Contraposición entre derechos individuales y derechos sociales

Un *derecho individual* define un marco de conducta dentro del cual el individuo puede obrar o abstenerse de hacerlo acorde a su propio criterio, inscripto en un campo de libertad donde no debe ser obstaculizado por ello.

En relación al derecho de un individuo, lo único que le corresponde al resto de los individuos es *abstenerse* de violarlo -lo que significa: *no iniciar el uso de la fuerza ni cometer fraude* contra el individuo titular del derecho-.¹⁷⁸

En cambio, el *derecho social* parte de un lugar distinto. Consagra prestaciones en favor del beneficiario, tales como seguridad social, empleo y salario digno, educación gratuita y vivienda. No es el titular del derecho quien debe conseguir mediante la propia acción en libertad y el propio esfuerzo lo que precisa para cubrir las alegadas necesidades, sino que son otros individuos quienes están obligados a proveerlo.

Entonces, en relación al derecho social de un individuo, lo que le corresponde al resto de los individuos es *trabajar y aportar para sustentarlo económicamente*, sin poder abstenerse de tal financiamiento.

Si los derechos sociales son prestaciones impuestas en cabeza de algunas personas para satisfacer otras, ello quiere decir que las primeras deben sacrificarse para que las segundas destinatarias de los bienes y servicios legalmente prometidos gocen de ello. Y si los derechos sociales están en cabeza de todos y todos deben financiarlos, ello quiere decir que todos los individuos están siendo sacrificados en paralelo supuestamente para satisfacción de ellos mismos.

De allí surgen desfasajes respecto de la noción original e individualista de los derechos: los productores de riqueza no pueden conservarla, y los receptores de la riqueza no son quienes la generaron; la libertad de acción individual es reemplazada por el direccionamiento de conductas y resultados, impuesto mediante el látigo de la autoridad que fabrica y legaliza las prestaciones (el Estado); el sistema sostenedor de los derechos sociales impone cargas económicas y colectivas que no han sido libremente asumidas ni son voluntariamente cumplidas por los individuos.

Los derechos sociales no son ni pueden ser derechos ya que contradicen la mismísima definición de lo que es un derecho: no respetan la libre iniciativa de los individuos; y el delineamiento del marco de actuación queda en una nebulosa, a merced del

¹⁷⁸ Rand; *La virtud...*, op. cit., p. 136, 158, 159

desdibujamiento y moldeo a gusto político por parte de la autoridad encargada de definir las obligaciones en cabeza ajena que pasan a enarbolarse como derechos.

La imposición de normas de conducta a unos individuos para satisfacer necesidades existenciales -o incluso caprichos y lujos- de otros individuos es una violación a la libertad. La organización y puesta en marcha de un mecanismo redistribuidor de la riqueza, que impide al creador/productor/trabajador disponer de todo lo suyo porque una parte forzosamente se destina a engrosar haciendas ajenas, es una violación del derecho de propiedad. La utilización del poder político para quitar a un individuo lo que ha adquirido legítimamente y le sirve como sostén de la existencia; y la imposición de trabajos y contribuciones coercitivas que recortan su esfera de libre conducta; en última instancia es una violación a su derecho de ser dueño de su propia vida.

Los derechos sociales son nada menos que violaciones a los derechos individuales. El derecho social, en orden a su cumplimiento, necesita conculcar el derecho individual. Aceptar esta flagrante contradicción es alabar la existencia del falso derecho a violar el verdadero derecho. Si los derechos inalienables son tales, no puede existir el “derecho” a obliterarlos.

El derecho individual nace de la propia naturaleza humana; el derecho social nace de una imposición burocrática. El derecho individual titularizado por una persona, para ser ejercido en plenitud, solamente requiere del resto la abstención de violarlo; el derecho social requiere constreñir y forzar a titulares de derechos individuales a efectuar los financiamientos imprescindibles para garantizar la implementación práctica de aquél. El derecho individual se materializa en un marco de mutuo respeto de libertades entre personas; el derecho social se reivindica mediante la coacción burocrática. El derecho individual se ejerce en el mercado a través de la autonomía de la voluntad; el derecho social se ejerce en la regulación política a través de la voluntad estatal. El derecho individual es proclive a la civilización; el derecho social maneja con rumbo al autoritarismo.

II.C) Concentración en la realidad

Los derechos individuales son presentados como consecuentes con la propia naturaleza humana. Los humanos son seres vivos, racionales, libres e independientes, y para poder conseguir sus fines y resguardar lo obtenido cuentan con tales esferas de actuación y protecciones a los resultados.

Ahora bien, las teorías de derechos sociales también los postulan a estos como intrínsecos a la persona, la cual por su dignidad inherente los merece. Según sus premisas, los humanos son seres sociales, dependientes los unos de los otros, y en un contexto social ha de garantizarse su igualdad y sus mutuas justas contribuciones.

Mas aquí se ha consignado que, en rigor de verdad, los derechos sociales son violaciones a los verdaderamente inalienables derechos del individuo. No se puede, en simultáneo, respetar en modo irrestricto un derecho individual y procurar el cumplimiento coercitivo de un derecho social.

La coherencia en la defensa de la libertad humana presupone el entendimiento de que cada individuo juzga y construye, invierte y corrige, de acuerdo a sus procesos racionales, escalas de valores, y comprensiones personales. Ello produce resultados, que pueden impactar tanto en el ámbito privado como en más amplios círculos de socialización.

El correlato de la *libertad* es la *responsabilidad*: el individuo se hace cargo de lo que hace, y de lo que le concierne de acuerdo a su conducta.

La concepción de los derechos sociales, por otro lado, pretende obliterar las relaciones causales y los contextos: si alguien toma malas decisiones, otros deben acudir en su rescate; si alguien nació en una familia con fortuna, deberá pagar por la “suerte” que tuvo al momento de la natalidad. Ello con el respaldo de decisiones de autoridad.

De allí se desprende que no hay íntegra responsabilidad por el ejercicio de la libertad; más bien hay *transferencia de responsabilidades y distribución externa de las cargas* que corresponden a cada uno.

Los derechos sociales no son más que *expresiones de deseos*: alguien *quiere* que las personas tengan vivienda, alguien *quiere* que las personas tengan salud, alguien *quiere* que las personas tengan educación.

Mientras que los derechos individuales reconocen la libertad para obtener lo deseado, los derechos sociales desean la materialización de lo deseado -que se consuma a través de coartar la libertad ajena-.

Los derechos sociales se postulan como *promesas del Estado* cuyo cumplimiento dependerá de los esfuerzos y energías de gente que no necesariamente comulga con la decisión de autoridad.

El derecho individual permite la acción y premia el esfuerzo habilitando al individuo a conservar los resultados obtenidos. Se realiza en el camino (*libertad*) y se ostenta en el final (*propiedad*). Al contrario, el derecho social solamente puede realizarse en el

final (cuando *los bienes ya han sido producidos y los servicios ya pueden prestarse*), y en el camino *violenta* los derechos individuales.

Los derechos sociales que se creen un avance científico en verdad implican un retroceso, porque se desvían del entendimiento de la persona humana, y de la Ciencia Jurídica que en su etapa liberal previa la defendía correctamente a través de la declaración de derechos individuales. Su falaz composición, y el compartir o usurpar nombre, llevan a confusiones. Por ello es menester contar con una teoría individualista que reconfigure el tablero y vuelva a poner el acento en los originales derechos.

II.D) Necesidad de una teoría receptora de la naturaleza del individuo

La visión del individuo como ser independiente imbuido de derechos, para su integral reconocimiento, requiere de consagración sistemática.

Una teoría de derechos individuales que los reconozca y defina resulta imprescindible por tres razones principales entrelazadas, de carácter metafísico, ético, y social respectivamente.

La *primera razón, de tipo metafísica*, consiste en el reconocimiento del individuo y su naturaleza racional. El humano es humano, no una bestia salvaje; y su realización como tal implica vivir precisamente como humano, y no como bestia. Lo que significa, vivir de acuerdo al uso de la razón y no según el ejercicio de la violencia. Su individualidad le permite elegir de acuerdo a su criterio personal; decidir su propio camino ante la gama de alternativas que se le presentan. Es su juicio crítico la guía que determina sus acciones y el faro que ilumina su horizonte.

La *segunda razón, de orden ético*, refiere a que los derechos son principios morales que delinean el marco de actuación legítima de los individuos cuando viven en sociedad. Definen el círculo de acción dentro del cual la persona se mueve válidamente en búsqueda de su propia felicidad y alcanzando sus propios objetivos.

La *tercera razón, de índole social*, apunta concretamente a las relaciones humanas, es decir, la manera en que las personas tratan las unas con las otras. Los derechos permiten fijar reglas de juego en los vínculos sociales; y establecen límites de actuación y posibilidades de ampliación o disminución -según decisión de los involucrados- de los márgenes vinculares.

La sistematización teórica y argumentativa de los derechos individuales posibilita su recepción en un ordenamiento jurídico que se construye desde su mismísima base como monumento a su honra y vehículo de su realización.

III. Conclusión

Se han expuesto los fundamentos de los derechos individuales, y se insiste en la imperiosa necesidad de que sistemáticamente se consagren en los instrumentos jurídicos fundacionales del Estado y del Derecho Internacional.

De acuerdo a lo sostenido, el Liberalismo, así como el Objetivismo de Ayn Rand, están en condiciones de efectuar valiosísimos aportes para la tarea. Sus principios y aplicaciones, con solidez técnica y filosófica, servirán en la conformación del Derecho que se defiende.

Capítulo 17. Propuestas en relación a la teoría general – Parte 2: Estado Mínimo-Gobierno Limitado

I. Introducción

En el presente capítulo, continuador de las propuestas en relación a la teoría general, se abordarán las concepciones de Estado Mínimo y Gobierno Limitado, su relación con los derechos individuales, el contraste con los derechos sociales, y la prioridad en el descubrimiento y generación particular del Derecho.

II. Teoría del Estado Mínimo-Gobierno Limitado

Este apartado servirá para conjugar la teoría de los derechos individuales con una teoría del *Estado Mínimo-Gobierno Limitado*, a fines de poder enarbolar esta segunda de acuerdo a las premisas de la primera.

II.A) Terminología

En honor a la precisión conceptual, en el seno del Liberalismo se dividen Gobierno Limitado y Estado Mínimo como dos corrientes del mismo movimiento, ya sea por razones teóricas o históricas.

El *Gobierno Limitado* pone el acento en el control al ejercicio del poder por parte de la autoridad; su encausamiento por caminos predeterminados, reconocidos y legalizados; y la prohibición de sus desbordes en desmedro de los derechos ciudadanos. Históricamente, un documento valioso que sembró semillas en tal dirección fue la Carta Magna redactada en Inglaterra en 1215 para limitar el poder del Rey Juan sin Tierra. Posteriormente, surgieron representantes liberales clásicos como John Locke que dedicaron varias líneas de tinta a describir y sintetizar el funcionamiento parlamentario y ejecutivo del poder limitado.

El *Estado Mínimo* -posición también llamada *Minarquismo*-, además de la limitación del poder político, agrega a su impronta la cuestión fundamental del tamaño del Estado: no solamente es importante controlar al poder y evitar sus desbordes, sino también definir unas pocas áreas sociales donde tendrá intervención -como por ejemplo defensa, seguridad y justicia- con exclusión de las demás -libradas al dinamismo de la sociedad civil-. Históricamente, el Minarquismo profundizado en el siglo XX se considera una superación de los primeros rasgos del Liberalismo Clásico, hacia una más efectiva reducción y limitación estatal. Autores como Ludwig Von Mises y George Reisman abordan en sus obras cuestiones esenciales sobre las ocupaciones y limitaciones del Estado reducido sus justas proporciones.

A su vez, la mentada clasificación basada en tales entendimientos no es exclusiva, ya que las nociones pueden variar de autor en autor. Es el caso de quienes consideran que el Estado debe cumplir solamente unas pocas y determinadas funciones, pero ven con mejores ojos la denominación Gobierno Limitado, ya que dichas funciones se ejercerán dentro de los cauces legales meticulosamente observados, pero bajo el reconocimiento de que para cumplirlas exitosamente se requiere crecimiento en el tamaño del Estado en las áreas respectivas. Una situación ilustrativa sería la de un Estado que solamente presta servicios de defensa contra potencias extranjeras y seguridad interna, pero que, al encontrarse en guerra contra poderosos invasores, destina grandes recursos económicos a su equipamiento militar y agranda significativamente su plantilla de soldados. De modo que la cuestión terminológica de Gobierno Limitado y Estado Mínimo puede exhibir coincidencias o discrepancias según el enfoque que se utilice en su abordaje.¹⁷⁹

En lo que aquí concierne, las expresiones Estado Mínimo y Gobierno Limitado se tomarán como equivalentes en referencia a un mismo propósito teórico reductivo y limitativo del poder, ya que la visión presentada apunta tanto a excluir al Estado de ciertas áreas de influencia como a limitar su actuación en aquellas donde cumple roles, en el entendimiento de que el tamaño del Estado puede aludir tanto a la cantidad de dependencias y personal como a competencias asumidas en su esfera de poder, y su limitación en uno u otro caso resulta igualmente indispensable.

¹⁷⁹ Para profundizar en las corrientes liberales y sus representantes, chequear *Liberalismo.org*
Link de consulta: [<https://liberalismo.org/>].

II.B) Funciones estatales mínimas

Previo al fortalecimiento del Liberalismo, la historia atestigua que los Gobiernos han sido percibidos y delineados como *amos de súbditos* y no como *servidores de ciudadanos*.

Ayn Rand observa un cambio de concepción fundamental con el surgimiento independentista y constitucional de los Estados Unidos de América:

La Declaración de la Independencia fijó el principio de que "los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar estos derechos". Esto proporcionó la única justificación válida de un gobierno y definió su único propósito correcto: resguardar los derechos del hombre al protegerlo de la violencia física.

En consecuencia, se cambió la función del gobierno del rol de mandatario al de servidor. Fue instituido para proteger a los hombres de los criminales, y la Constitución fue redactada para proteger a los hombres del gobierno. La Declaración de Derechos no fue dirigida contra los ciudadanos, sino contra el gobierno, como una explícita declaración de que los derechos individuales sustituyen todo poder público o social.

El resultado fue un modelo de sociedad civilizada que los Estados Unidos de América casi alcanzaron por el breve período de aproximadamente ciento cincuenta años. Una sociedad civilizada es aquella en la cual la fuerza física está proscripta en las relaciones humanas, una sociedad en la cual el gobierno, actuando como policía, puede usar la fuerza sólo como represalia, y únicamente contra quienes iniciaron su uso.¹⁸⁰

Desde su teoría objetivista, la protección de los derechos particulares requiere reglas y procedimientos objetivamente enunciados, que permitan su efectivo ejercicio, y llegado el caso, la resolución sin salvajismo de eventuales disputas en torno a su reconocimiento. Ello circunscribe el propósito de existencia del Gobierno:

Para excluir la violencia de las relaciones sociales se necesita una institución que se encargue de la tarea de proteger los derechos de los hombres de acuerdo con un código de reglas *objetivo*.

¹⁸⁰ Rand; *La virtud...*; op. cit., p. 137, 138

Ésta es la misión de un gobierno (de un gobierno *justo*), su misión básica; es su única justificación moral y la razón por la cual los hombres necesitan un gobierno.¹⁸¹

De acuerdo a tal visión, el Gobierno es definido como “una institución que posee el poder exclusivo de *poner en vigor* ciertas reglas de conducta social en un área geográfica dada”;¹⁸² y ello redunda en la cuestión del empleo de la fuerza para cumplimiento de sus fines protectorios: “*Un gobierno es el medio para mantener el uso de la fuerza física represiva bajo un control objetivo*, es decir, bajo leyes objetivamente definidas”.¹⁸³

En su ideal de sociedad capitalista libre cuyo Gobierno solamente cumple unas determinadas funciones protectorias de los derechos individuales de los ciudadanos, Ayn Rand afirma: “Las funciones propias de un gobierno se dividen en tres grandes categorías, todas ellas relacionadas con el uso de la fuerza física y la protección de los derechos del individuo: la *policía* para defender a los hombres de los criminales, *las fuerzas armadas* para protegerlos de invasores foráneos, los *tribunales de justicia* para solucionar las disputas entre ellos de acuerdo con leyes objetivas”.¹⁸⁴

George Reisman, aun reconociendo más áreas de participación gubernamental que la versión extrema de Rand, también expone una visión del Estado limitado a funciones de protección de derechos y de no interferencia económica:

La sociedad capitalista que queremos lograr es una sociedad donde los derechos individuales son consistente y escrupulosamente respetados -en la cual, como afirma Ayn Rand, se proscribe el inicio del uso de la fuerza en las relaciones humanas-. Queremos una sociedad en la cual el rol del gobierno se limita a la protección de los derechos individuales y, por lo tanto, el gobierno usa la fuerza solamente en defensa y retaliación contra el inicio de la fuerza. Queremos una sociedad donde los derechos de propiedad son reconocidos entre los más importantes derechos humanos -una sociedad donde nadie debe sufrir por su éxito al ser sacrificado a la envidia de los demás; una sociedad donde toda la tierra, recursos naturales y otros medios de producción son propiedad privada-. En tal sociedad, el tamaño del gobierno sería menor a una décima parte de lo que es hoy en términos de gasto gubernamental. La mayor

¹⁸¹ Ibidem; p. 156

¹⁸² Ibidem; p. 153

¹⁸³ Ibidem; p. 156

¹⁸⁴ Ibidem; p. 160

parte de lo que hoy es el gobierno sería barrida: virtualmente todas las agencias y departamentos del gabinete; a excepción de defensa, interior, justicia y tesoro. Todo lo que permanecería sería una radicalmente reducida rama ejecutiva, y las ramas legislativa y judicial con poderes radicalmente reducidos. Para los ciudadanos respetuosos de la ley en tal sociedad, el gobierno resultaría esencialmente un “vigilante nocturno”, que cumpliría obediente y tranquilamente sus rondas apuntadas, y así la ciudadanía descansaría a sabiendas de que sus personas y propiedades estarían libres de agresión. La presencia del gobierno solo sería importante en las vidas de los criminales comunes y los estados extranjeros agresores.¹⁸⁵

En aras de conseguir lo enunciado, Reisman propone programas de eliminaciones, reducciones y reformas consistentes en privatizaciones de propiedad; libertad de producción e intercambio; eliminación de impuestos a las ganancias y a las herencias; establecimiento del oro como moneda; política exterior pro-capitalista; y separación del Estado de la educación, la ciencia y la religión.¹⁸⁶

Tanto liberales como objetivistas ponderan los beneficios y el funcionamiento pacífico y no coactivo que se perciben cuando los individuos de la sociedad desenvuelven sus actividades en libertad. De ahí en adelante, los alcances y las restricciones del Estado pueden variar entre los abordajes teóricos. En sus versiones más extremas y coherentes, el Estado en una sociedad libre ni siquiera cobra impuestos -es decir, no ejecuta detracciones de la riqueza de los ciudadanos por medio de la fuerza institucionalizada-, sino que se financia a través de los aportes voluntarios de quienes desean la protección de sus derechos y contratos.

En fin, con variaciones de autor en autor, lo fundamental en la propuesta del Liberalismo y el Capitalismo objetivista, en relación a las funciones estatales, es su drástica circunscripción a las reputadas como esenciales, las cuales sirven de protección a los derechos individuales de los ciudadanos.

¹⁸⁵ Reisman, George; *Capitalism. A Treatise on Economics*, Jameson Books, Illinois, 1998, p. 971

¹⁸⁶ Ibidem; p. 971, 972

II.C) Limitación del poder

Reconocidas y enumeradas las funciones propias de un Estado en formato Minarquía, lo que sigue es el complemento necesario respecto del ejercicio del poder: los límites.

La preocupación por sujetar el accionar de los gobernantes para que no rebasen las libertades individuales es de vieja data y se ha expresado con disímiles éxitos en diferentes lugares. Pero allí donde consiguió hacer pie, se constituyó en eslabón histórico y sembró semillas que continuaron germinando siglos después.

Antonio Mascaró Rotger se pronuncia acerca de las primeras manifestaciones ciudadanas en el continente europeo, tendientes a hacerse respetar frente a los gobernantes:

A lo largo de la historia, ha habido gobernantes cuyo poder ilimitado les ha permitido cometer actos terribles contra su propio pueblo. Para evitar esto, aparecieron en Europa diversos intentos de limitar el poder político. No todo podía permitírsele al rey.

Mientras en los demás continentes, los soberanos todopoderosos oprimían a sus pueblos a su antojo, documentos como els Usatges de Barcelona y más tarde la Magna Carta inglesa sometieron a los gobernantes europeos al imperio de la ley. Éste era el juramento de lealtad que en la Corona de Aragón se hacía al rey:

“Nosotros que valemos tanto como vos, juramos ante vos que no sois mejor que nosotros, que os aceptamos como rey y soberano siempre y cuando respetéis nuestras libertades y leyes, pero sino no.”

En Castilla, Juan de Mariana no tuvo reparos en reconocer al pueblo el derecho de matar al gobernante si éste le oprimía con impuestos excesivos, moneda fraudulenta o impedía la reunión del parlamento, es decir, si el rey se volvía tirano. Mariana recalcó que el gobierno no es omnisciente y, por lo tanto, no puede aspirar a la omnipotencia.

“Es gran desatino que el ciego quiera guiar al que ve. [El gobernante] no conoce las personas ni los hechos, a lo menos todas las circunstancias que tienen. Forzoso es que se caiga en yerros muchos y graves, y por ellos se disguste la gente y menosprecie gobierno tan ciego. Es loco el poder y mando. [Cuando] las leyes son muchas en demasía y como no todas se pueden guardar ni aun saber, a todas se pierde respeto.”

Más adelante, los autores del liberalismo clásico británico teorizaron sobre las tareas específicas a las que debían dedicarse los gobiernos. Sus conclusiones no son perfectamente coincidentes pero todas recalcan la naturaleza secundaria del gobierno ante la sociedad civil. Primero están el individuo y su propiedad, sólo en segundo término aparece el Estado para defenderlos. Las discrepancias, por tanto, están en las condiciones que el Estado ha de mantener para defender a sus súbditos y así asegurar el bien común.

En efecto, si como dijo Lord Acton, "el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente", el poder estatal habrá de tener unas limitaciones muy claras o su corrupción lo hará insostenible a los ciudadanos.¹⁸⁷

En seguimiento de la naturaleza evolutiva de los procesos intelectuales, desde los siglos pasados hasta el presente la técnica para limitar el poder ha evolucionado filosófica, jurídica e institucionalmente.

Entre los ejemplos dignos de mención se cuentan el modelo de Estado de Derecho por el cual tanto ciudadanos como autoridades se someten a la ley; las Cartas y Constituciones reconocedoras de derechos y garantías; la división de poderes o división del poder del Estado en distintos órganos, que evita la concentración del poder en las mismas manos y permite el sistema de pesos y contrapesos; el principio de juridicidad mediante el cual el ejercicio de las potestades estatales se desenvuelve en un todo de acuerdo con el Derecho en su conjunto; la rendición de cuentas por la cual quienes ejercen función pública y manejan presupuestos públicos deben informar y responder por sus actos de cara a la ciudadanía; el control de constitucionalidad que hacen los jueces respecto de leyes que puedan estar en confrontación con la Ley Suprema del país.

La autoridad, suelta a su antojo, puede hacer y deshacer sin obstáculos ni contemplaciones. La autoridad, bien atada al Derecho y al control ciudadano, podrá moverse hasta donde la soga le permita, pero no podrá traspasar las fronteras de su círculo de acción. Lo conveniente para el reconocimiento y respeto de los derechos ciudadanos reside en esta segunda opción.

¹⁸⁷ Mascaró Rotger, Antonio; Gobierno Limitado
Link de consulta: [<https://liberalismo.org/articulo/158/65/gobierno/limitado/>].

II.D) Estado y derechos

Concebir los derechos a partir del Estado lleva a la noción de que aquellos son originados por obra y gracia de este último. El Positivismo Jurídico puede sentirse cómodo con tal posición, en el entendimiento de que el Derecho válido es el Derecho del Estado y el Derecho del Estado es el que crea los derechos personales y reales de las personas bajo su jurisdicción.

En cambio, concebir al Estado a partir de los derechos lleva a la noción de que aquel surge del ejercicio de estos últimos, y que su propósito ronda alrededor de ellos. Esto es lo que le sienta bien al Liberalismo Clásico que descubre derechos anteriores al Estado en la Ley Natural, y al Objetivismo que sitúa el origen de los derechos previos al Gobierno en la metafísica Ley de Identidad.

Contado como iniciador del Liberalismo Clásico, John Locke habla del estado de naturaleza anterior a la sociedad civil, donde el individuo ya cuenta con derechos provenientes de la propia ley de la naturaleza, que han de ser respetados por sus semejantes: “El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones; porque, siendo los hombres todos la obra de un Hacedor omnipotente e infinitamente sabio (...) son propiedad de ese Hacedor (...)”.¹⁸⁸ Cuando los individuos se organizan en defensa de sus propiedades, de modo que no tengan que defender por separado cada uno la suya sino que haya una protección comunitaria, se produce el traspaso del estado de naturaleza a la sociedad política: “...sólo existe sociedad política allí, y allí exclusivamente, donde cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural [de defender la propiedad], entregándolo en manos de la comunidad para todos aquellos casos que no le impiden acudir a esa sociedad en demanda de protección para la defensa de la ley que ella estableció”.¹⁸⁹ Y en aras de un correcto ensamblaje entre lo humanamente originado y lo naturalmente dado, la realización de la justicia exige que la ley del Gobierno vaya de la mano con la ley natural: “[Las leyes positivas de los Estados] sólo son justas en cuanto que están fundadas en la ley de la Naturaleza, por la que han de regularse y ser interpretadas”.¹⁹⁰ Es decir, el Gobierno como institución política surge

¹⁸⁸ Locke, John; *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Buenos Aires, 1963, p. 33

¹⁸⁹ Ibidem; p. 108, 109

¹⁹⁰ Ibidem; p. 39

para proteger el derecho de propiedad, y su ley ha de consagrar positivamente lo que la naturaleza reconoce a los individuos.

Por el lado del Objetivismo, Leonard Peikoff explica que un derecho “es una prerrogativa que no puede ser moralmente infringida o alienada”; que el principio básico de la política son los derechos individuales; y que una pregunta fundamental a plantearse en torno al sistema social es: “¿Qué tipo de sociedad se ajusta a los requerimientos de la vida del hombre?”.¹⁹¹ Entonces, si el individuo titulariza derechos inalienables, y tales derechos son la base ineludible sobre la que debe pensarse y erigirse el sistema social, la implicación es que los derechos individuales son previos y su nacimiento no depende del Estado. Peikoff confirma explícitamente tal orden de prelación: “Si una sociedad como organismo organizado ha de proteger los derechos del hombre, los ciudadanos deben crear una entidad con el poder para hacer ese trabajo. (...) Esa entidad es el gobierno”.¹⁹² Más aun, el Gobierno obtiene su poder de actuación, no de una auto-germinación de autoridad, sino directamente de los individuos que lo conciben: “En una sociedad apropiada, los ciudadanos tienen derechos pero el gobierno no. El gobierno actúa por permiso, como queda expresado en una constitución escrita que pone límites a los funcionarios públicos con funciones y procedimientos definidos”.¹⁹³

Liberalismo y Objetivismo son contestes en afirmar que los derechos del individuo son la premisa fundamental a partir de la cual se construyen Gobiernos dedicados a su preservación. Dicha premisa es el nutriente esencial en la alimentación de sistemas reconocedores de derechos ciudadanos inalienables, y soporte en el combate a sistemas estatistas de permisos y licencias a súbditos.

III. Contraste de las concepciones con los derechos sociales

De acuerdo a lo visto, un Estado Mínimo, circunscripto a pocas funciones de seguridad, defensa y resolución pacífica de conflictos, y cuyo ejercicio se encuentra legalmente limitado, es el marco acorde para el respeto de los derechos individuales.

El Estado limitado debe proteger derechos, no conculcarlos. La doctrina de los derechos sociales, tal como se ha exhibido con anterioridad, demanda exactamente lo

¹⁹¹ Peikoff, Leonard; *Objetivismo. La filosofía de Ayn Rand*; Grito Sagrado, Buenos Aires, 2014, p. 402, 403

¹⁹² Ibidem; p. 417

¹⁹³ Ibidem; p. 423

contrario: un Estado grande y creciente, de nula limitación legal, que se vuelve propietario acaparador, empleador colosal e interventor endémico.

Más derechos sociales implican más leyes reconocedoras y reclamantes de presupuesto; más leyes del estilo conducen a más burocracia; y todo ello se sintetiza en menos libertad a ejercer y más impuestos a pagar. Los derechos individuales, que permanecen como los básicos e inalienables de todo individuo, no precisan los desbordes, megalomanías y culturas asistencialistas que instala el estatismo.

En un contexto de existencia estatal y examen de la naturaleza humana, la elección se efectúa entre parejas: *Estado Grande – Derechos Sociales*; *Estado Mínimo – Derechos Individuales*. Para cubrir la necesidad de implementar una teoría de derechos individuales, ha de prestarse atención al requerimiento de postular una teoría de Estado Mínimo que los respete.

IV. Prioridad en el descubrimiento y generación particular del Derecho

Reconocida la superioridad jurídica y moral de los derechos individuales, la dignidad en su respeto y observación ha de verse reflejada en el Derecho en tanto ordenamiento vigente del Estado Mínimo.

Cuesta imaginar que tal modelo estatal pueda mantenerse coherente si cuenta con un Consejo de Estado del estilo expansivo que imponga reglamentaciones y planificaciones de arriba hacia abajo en pro de intereses de los administradores y procure hacer zafar al cuerpo administrativo de controles jurisdiccionales.

En un Estado pequeño con Gobierno limitado, el sistema jurídico no puede ser un reservorio de verticalismos autoritarios y centralizaciones contrarias al espontáneo desenvolvimiento de los agentes en el mercado. Por ello la prioridad en su visión debe residir en el descubrimiento del Derecho y la generación particular de normas válidas entre involucrados en transacciones, aceptándose así la compatibilidad con lo esbozado por Bruno Leoni.

El descubrimiento del Derecho permite a la autoridad, a cuyo conocimiento llega un planteo, explorar normas invocadas por las partes y revisar precedentes, costumbres y actuaciones, sin imponer resoluciones ajenas a los intereses de los peticionantes basadas en regulaciones autoritarias alejadas del mercado y cercanas a la mera burocracia. A su vez, también puede descubrirse el Derecho cuando el conflicto proviene de la actuación

de la propia autoridad, y otra autoridad competente va a cotejar lo sucedido a la luz de lo reclamado por el peticionante.

La generación particular del Derecho respeta el aforismo *pacta sunt servanda* y habilita a las partes a autoreglamentar sus vínculos contractuales sin necesidad de que una normativa centralizada o sistematizadora del *numerus clausus* (número cerrado) limite el tipo de acuerdo y las cláusulas válidas que puedan fijar.

De esta manera, el Estado Mínimo mantiene en vigencia un Derecho mínimo, en el sentido de que las normas básicas son generales, de alcance limitado, y se cuentan en un número razonable; y el resto de las normas jurídicas son generadas por las partes al efectuar sus transacciones. Se huye así de la bajada de línea normativa con la cual las autoridades desembozadas redireccionan conductas y entorpecen la autonomía de la voluntad.

V. Conclusión

Queda poco lugar para la duda si alguien, tras desplegar el mapa sobre el escritorio y estudiar zonas político-geográficas como Latinoamérica, afirma que la orientación dominante del Estado es la del ente agrandado y expansivo, cuando no endiosado.

Afortunadamente para los opositores a tal tendencia, defensores ellos de la pequeñez y la limitación del poder estatal, existen en su arsenal ciertas armas nada despreciables con las cuales pueden hacerle frente al estatismo respaldados en confianza: la experiencia histórica de exitosos, revolucionarios y beneficiosos planteos frente al poder en representación de la libertad individual; la musa inspiradora de precisiones teóricas que han pulido, mejorado y reequipado los antecedentes mediante presentaciones acordes a los avances de los tiempos; el respaldo de las leyes que rigen la realidad y la existencia humana, que permiten la evolución y el desarrollo a quien se digna a seguirlas.

Lo mismo aplica a la hora de encumbrar los derechos individuales frente a los derechos sociales; y el Derecho Público razonable permitidor del auge del Derecho Privado, frente al Derecho Público avasallante anulador del Derecho Privado.

Estos factores combinados del modo adecuado presentan coherente y vigorosamente la concepción del poder limitado al servicio de la protección de derechos individuales. Allí está la pauta a seguir en pro de la libertad.

Capítulo 18. Propuestas en relación a la teoría general – Parte 3: Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada

I. Introducción

Llegó el momento de presentar el argumento de una Administración adecuada al tenor del Derecho Administrativo Liberal: el modelo de Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada; por qué es una Administración para administrados; su justificación; las vías de financiamiento; y su funcionamiento.

II. Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada

Habiéndose delineado los fundamentos de un Estado Mínimo y la limitación del poder de Gobierno, es turno de exhibir, en la órbita específica del Derecho Administrativo, un modelo de Administración Pública acorde a sus principios y requerimientos básicos.

Ello se expondrá en conjugación con el reconocimiento de la situación presente y de que ciertos cambios no se implementan “de la noche a la mañana” sino que requieren una visión estratégica y progresiva.

De allí que se hará hincapié en la Administración Pública como ente administrativo actualmente existente en el marco estatal, a pesar de que versiones extremas del modelo estatal ponderado solamente reconocen legitimidad a entes policiales, militares y de justicia.

Valga lo dicho entonces para insertar una visión administrativista en el marco liberal, o para insertar una visión liberal en el marco administrativista; y propender así a una continua integración que fortalezca la libertad individual y limite al poder estatal, en búsqueda de alcanzar una situación fáctica ideal que permita la realización de las mejores aspiraciones teóricamente enunciadas.

II.A) Administración para administrados

Concebir una Administración Pública idónea a los ojos del poder limitado implica reconocer que, en tanto ente jurídico, *no es un fin en sí misma*. No es una fuente de retroalimentación de poder jurídico-político, dadora de órdenes y reguladora de la vida y hacienda ciudadana. La premisa es la opuesta: *Administración para administrados*. La Administración es un medio para alcanzar fines justos en relación a la ciudadanía y el orden público; y para ello ha de beneficiar a los particulares respecto de los cuales administra.

En este contexto, hablar de beneficio para los administrados no quiere decir que la Administración realiza entregas de objetos materiales a grupos selectos, como hace la usual práctica del clientelismo político. Tampoco se emparenta tal noción con el otorgamiento de prebendas y tratamientos especiales ante la ley, también comunes en los Gobiernos de economía mixta, que tranzan con ciertos sectores de intereses afines a costa de sectores con intereses distantes.

El beneficio de los administrados solamente apunta a que se mantenga entre ellos la justicia -no en la acepción de función del Poder Judicial, sino como valor cardinal-. Valga decir, que los derechos particulares sean ejercidos sin trabas ni cortapisas impuestas por la voluntad autoritaria de la burocracia; y que los problemas suscitados, cuya resolución sea realmente competencia de la Administración, sean resueltos adecuadamente, con transparencia y celeridad.

La Administración para administrados está más cerca del *laissez-faire* capitalista que de los esquemas intervencionistas pergeñados por la mal llamada *justicia social* (la cual, más concretamente, es una *justicia socialista*, y en rigor, no tiene que ver con la justicia -dar a cada uno lo suyo- sino con la redistribución de la riqueza -quitarles a unos para darle a otros-).

II.B) Justificación

La Administración para administrados basa su justificación en tres aspectos interconectados: validez, eficiencia, y limitación, los cuales residen en su fundamento moral, económico y jurídico respectivamente.

La *validez moral* indica que el poder administrativo nace de los derechos de individuos que efectúan una delegación de sus propios poderes; de ahí que la Administración se debe en su actuación a los administrados. La autoridad administrativa no tiene fuente

distinta o superior que los titulares de derechos que la conciben en resguardo del orden público. Su razón de ser se afina en garantizar la convivencia social pacífica, la resolución racional de conflictos, y la institucionalidad que permite la prosperidad individual. El día que los administrados -por mal funcionamiento o cambio en la cosmovisión de los administradores- revoquen ese poder de actuación, revocado yacerá, y deslegitimada quedará la Administración.

La *eficiencia económica* descansa en que la Administración ejecute disciplinadamente sus proyectos, de acuerdo a las necesidades planteadas y las voluntades reunidas de la ciudadanía; que dedique sus energías al cumplimiento de tareas que le son propias y no las malgaste en iniciativas que escapen a su órbita; y que, para todo concepto, obtenga sus recursos en modo legal, legítimo y racional (sin propender a lo desmedido ni a lo arbitrario).

La *limitación jurídica* reside primero en el esquema planteado por la Constitución u otra documentación jurídica madre del país, donde se configura el sistema de pesos y contrapesos que evita la concentración de poder, y se demarcan las competencias propias de la Administración; y consecuentemente en el resto de la normativa, por la cual el ente jurídico sujeta todo su obrar al control de juridicidad y rinde cuentas ante la sociedad por los resultados obtenidos.

II.C) Financiamiento

El funcionamiento de lo público no debe garantizarse a costa de la destrucción del funcionamiento de lo privado. Por ende, lo que hoy se financia vía impuestos, tasas y contribuciones requiere drásticos recortes, y el enderezamiento hacia la concepción del aporte voluntario.

Una propuesta de financiamiento estatal tendiente a alivianar las cargas tributarias a la par de mejorar la recaudación es el *flat-rate tax* (impuesto de tasa plana), esbozado por Milton Friedman en su obra *Capitalismo y libertad*, y luego profundizado por sus seguidores. Este impuesto consiste en una tasa uniforme, es decir, igual para todos, que aplica a partir de las ganancias que alcanzan y superan un monto determinado. Para aquellas ganancias que permanecen por debajo del monto, no se impone cobro alguno.

Según Friedman: “Un impuesto de tasa plana proporcional implicaría mayores pagos absolutos por parte de personas con mayores ingresos a cambio de servicios guber-

namentales, lo cual claramente no es inapropiado sobre la base de los beneficios conferidos. Y además evitaría una situación en la que un gran número de ciudadanos podría votar la imposición de impuestos sobre otros ciudadanos que no afectasen también su propia carga tributaria”.¹⁹⁴ A su vez, el economista observa que tal impuesto de tarifa plana llevaría a mayor recaudación impositiva porque existirían tres razones para que los contribuyentes informen acerca de las mayores ganancias obtenidas:

Habría menos incentivos para adoptar esquemas legales pero costosos que reducen la suma de ganancias reportadas susceptibles de gravamen (la así llamada evitación de pagar impuestos); habría menos incentivos para no reportar ganancias que legalmente deberían ser reportadas (evasión impositiva); y la remoción de los efectos desincentivadores de la presente estructura de tasas produciría un uso más eficiente de los recursos e ingresos más altos.¹⁹⁵

El libro de Friedman fue publicado por primera vez en 1962. Durante las décadas transcurridas hasta el presente, algunos Estados -Estonia destacando entre ellos- escucharon su recomendación y se decidieron a aplicarla. Los resultados constatados no decepcionaron:

El flat tax es un sistema impositivo que se ha aplicado principalmente en los países del este europeo y Rusia y que ha causado unos resultados impresionantes, paradójicos y revolucionarios. Impresionantes porque la recaudación crece a ritmos superiores al crecimiento de la economía. Paradójico porque la recaudación aumenta a la vez que se reducen los impuestos. Revolucionarios porque la declaración de impuestos es del tamaño de una tarjeta postal y esta se puede llenar en 10 minutos sin necesidad de abogados ni contadores.

(...) Es justo porque no discrimina ni privilegia a ningún grupo económico o social. El flat tax también es justo porque sólo se paga el impuesto si la persona genera riqueza. El desempleado, la empresa que sufre pérdida no tienen que pagar el impuesto del flat tax. Es muy distinto el caso con el impuesto de ventas, el del valor agregado, el territorial, etc. que deben de pagarse siempre, sin importar si la persona está en quiebra o pasando hambre.

¹⁹⁴ Friedman, Milton; *Capitalism and freedom...*, p. 175

¹⁹⁵ Ibidem

El flat tax es eficiente porque al ser una tasa única para toda actividad económica, las inversiones no se ven sesgadas ni distorsionadas por criterios tributarios. Lo anterior permite que las inversiones se realicen siguiendo criterios de eficiencia y productividad, lo cual promueve el sano crecimiento económico y la generación de empleo productivo.

El flat tax mejora las instituciones democráticas. Como no hay exoneraciones de ningún tipo, su simplicidad evita que la política tributaria sea instrumento para favorecer a grupos afines al Gobierno (prácticas mercantilistas) o que esta sea utilizada, como muchas veces sucede, para castigar a los que se oponen.

El flat tax reduce la cantidad de juicios innecesarios. Muchas veces, las disputas por la correcta interpretación de los complejos, ambiguos y cambiantes códigos tributarios entre el Ministerio de Hacienda y los empresarios conducen a largos y bochornosos juicios que desgatan recursos tanto de las empresas como los del Gobierno y hacen que los emprendedores desperdicien su tiempo en estos asuntos en vez de estar dedicando este valioso tiempo a la generación de riqueza. Como el flat tax es una tasa única para cualquier actividad y, además, no existen gastos por depreciación, no genera dudas en su interpretación lo cual se traduce en mayor transparencia y seguridad para el inversionista. Lo anterior implica, por supuesto, mayores tasas de crecimiento, más generación de empleo, mayor productividad, salarios crecientes y más desarrollo.

El flat tax, elimina los gastos por depreciación porque las compras son deducibles en su totalidad en el momento en que se adquieren. Esto facilita tremendamente el esquema contable y estimula, de una manera sana, la reinversión y evita la fuga de capitales. (...).¹⁹⁶

El impuesto de tasa única, tal y como ha quedado reflejado, sirve a quienes lo aplican para mejorar su recaudación, y permite a quienes lo pagan la suficiente claridad para mantener las finanzas ordenadas y lejos del enmarañamiento burocrático potencialmente devastador de la actividad privada.

Dicha prueba postula al impuesto de tasa única (cuyo porcentaje de cobro y monto mínimo a partir del cual se cobra quedan a disposición del debate económico-jurídico-

¹⁹⁶ El Flat Tax; El Financiero

Link de consulta: [<https://www.elfinanciero.com/blogs/la-riqueza-de-las-naciones/el-flat-tax/Y6ZQQDEDOVFYLM6DQA7R2GI5BM/story/>].

político) como una opción interesante de cara al logro institucional del Estado Mínimo. Ahora bien, una transición no es una permanencia, y ciertos puntos han de ser atendidos en aras de mantener el norte.

Primero, si los derechos individuales tienen prioridad sobre el poder estatal, lo que debe interesar prioritariamente es la economía particular del individuo y no las arcas estatales. Por ende, lo más importante es garantizar el derecho de propiedad, no la recaudación.

Segundo, si bien este impuesto reporta mejores situaciones para los países que lo aplican respecto de aquellos donde se mantiene la estructura tributaria símil a una enredadera, el concepto de “justo” es discutible. Aunque en menor medida y a menor cantidad de individuos, sigue existiendo detracción de riqueza particular; y aunque es menos intrincado y nocivo que el impuesto a las ganancias, en tanto lo paguen quienes superen un determinado monto de ganancias netas sigue implicando una penalización al éxito.

Tercero, el Estado Mínimo ideal no puede iniciar la fuerza contra quienes no inician su uso; la válida generación de riqueza no implica inicio de la fuerza; por ende, el Estado Mínimo no puede efectuar cobranzas coactivas para quedarse con parte de la riqueza de los individuos. Aun reducido y presentado en un formato más razonable, el impuesto sigue siendo un impuesto.

De ello se deduce que, para satisfacer los requerimientos de respeto irrestricto a los derechos individuales en el marco de una Minarquía ideal, otra propuesta moralmente superadora, jurídicamente implementable y económicamente viable se hace necesaria.

Ayn Rand aborda una propuesta de tal estilo, basada en la voluntariedad de la financiación gubernamental:

En una sociedad totalmente libre, los impuestos o, para ser más exactos, el pago de los servicios estatales, sería *voluntario*. Como puede demostrarse que las actividades apropiadas de un gobierno —la policía, las fuerzas armadas, los tribunales de justicia— son requeridas por los ciudadanos individuales y afectan directamente sus intereses, estos estarían (y deberían estar) dispuestos a pagar por tales servicios, así como pagan sus seguros.¹⁹⁷

La voluntariedad imperante en el sistema de financiamiento estatal se afina en las bases que constituyen una sociedad libre:

¹⁹⁷ Rand; *La virtud...*, op. cit., p. 165

El principio del financiamiento voluntario de las actividades gubernamentales se basa sobre las siguientes premisas: que el gobierno *no* es el dueño de las rentas de los ciudadanos y, en consecuencia, no puede tener un cheque en blanco sobre esas rentas; que la naturaleza de los servicios que presta debe ser definida y delimitada constitucionalmente, sin dejar el poder de ampliar el área de sus servicios a su propia y arbitraria decisión.¹⁹⁸

En base a dichas premisas, Rand retrata una posible vía de financiación:

(...) Como ejemplo (y sólo como ejemplo), considérese la siguiente posibilidad. Uno de los servicios más vitales que se requieren, y que sólo un gobierno puede brindar, es la protección de los acuerdos contractuales efectuados entre los ciudadanos. Supóngase que el gobierno protegiese, es decir, reconociese como legalmente válidos y de observancia forzosa, únicamente aquellos contratos que hubiesen sido garantizados por medio del pago al gobierno de una prima equivalente a un porcentaje fijado legalmente sobre el monto, sobre las sumas involucradas en la transacción contractual. Tal seguro no sería obligatorio; no se aplicaría penalidad legal alguna a quienes no quisiesen tomarlo; éstos quedarían en libertad de efectuar acuerdos verbales o firmar contratos no asegurados si así lo desearan, con la única consecuencia de que tales acuerdos no serían legalmente ejecutables: si una de las partes no cumpliese sus términos, la parte perjudicada no podría acudir a una corte de justicia.

(...) Cuando se considera la magnitud de los montos involucrados en las transacciones crediticias, se puede ver que el porcentaje requerido para pagar tal seguro gubernamental sería infinitesimal, mucho menos que lo que se paga por otros tipos de seguros, y sin embargo, resultaría suficiente para financiar todas las demás funciones de un gobierno correctamente dimensionado. (...) ¹⁹⁹

En cuanto a la situación de las personas con menos recursos, Rand explica que estas no quedan desamparadas, sino que se benefician por el volumen de actividades de quienes generan mayor riqueza. La diferencia con un sistema tributario de impuestos progresivos y económicamente redistribuidor es que este exige el sacrificio de los pudientes y su propósito declarado es la repartición; mientras que el sistema de la sociedad libre no

¹⁹⁸ Ibidem; p. 168

¹⁹⁹ Ibidem, p. 166, 167

incurre en el perjuicio de algunos para beneficio de otros, y el propósito es la protección del interés individual que de manera indirecta beneficia intereses ajenos:

Puede notarse, en el ejemplo anterior, que el costo de tal financiamiento voluntario del gobierno sería automáticamente proporcional a la escala de la actividad económica de un individuo; aquellos que se hallasen en los niveles económicos más bajos (quienes muy raras veces realizan transacciones crediticias) se encontrarían virtualmente exentos, aunque seguirían beneficiándose con la protección legal, tal como la que ofrecen las fuerzas armadas, la policía y los tribunales.

Estos beneficios se podrían considerar como una gratificación para los hombres de menor habilidad económica, posibilitada por aquellos cuya habilidad económica es mayor, *sin que éstos tuviesen que sacrificarse por aquéllos*.

Los hombres con mayor habilidad económica deben pagar por su propio interés el mantenimiento de las fuerzas armadas, para la protección de su país contra invasiones; sus gastos no se incrementan por el hecho de que una parte marginal de la población esté incapacitada para contribuir a estos costos. Desde el punto de vista económico, ese grupo marginal es inexistente en lo que concierne a los costos de la defensa. Lo mismo es aplicable al costo de mantener una fuerza policial; es en su propio interés que los hombres más capaces deben pagar por la captura de los criminales, sin considerar si la víctima específica de un crimen dado es rica o pobre.

Es importante notar que este tipo de protección gratuita para los no contribuyentes representa un *beneficio indirecto*, y es meramente una consecuencia marginal del interés personal y las erogaciones de quienes contribuyen. Este tipo de gratificación no puede extenderse para cubrir beneficios *directos*, ni se puede afirmar, como lo hacen los estadistas defensores del Estado benefactor, que las dádivas directas a los que no producen favorecen los propios intereses de los productores.

(...) en una sociedad libre, bajo un sistema de financiamiento voluntario de los gastos gubernamentales, no existiría excusa ni posibilidad legal alguna para ningún tipo de "redistribución de riquezas" para el sostén inmerecido de algunos hombres mediante el trabajo forzado y la extorsión sobre los bienes de otros, para el drenaje, la explotación y la destrucción de quienes son capaces de pagar los costos necesarios para mantener una sociedad civilizada,

en favor de aquellos que no tienen la capacidad ni el deseo de pagar el costo de mantener su propia existencia.²⁰⁰

En resumidas cuentas: dentro de la sociedad libre cada individuo es responsable de la manutención de su vida; el Gobierno es el ente que proporciona los servicios necesarios para proteger los derechos cuyo ejercicio el individuo necesita para cumplir su propósito; los servicios gubernamentales son para proteger y no sacrificar los derechos; su pago es voluntario; y el beneficio a los no contribuyentes se produce de manera indirecta por el pago de los contribuyentes.

Esta es una vía idónea cuya coherencia es llevada al extremo respecto de los límites y sostenimiento del Estado.

II.D) Funcionamiento

Habida cuenta de que una Administración diseñada a la usanza del Estado Mínimo y el Gobierno Limitado sería sostenida por un financiamiento de corte voluntario y exhibiría poderes jurídicamente contenidos, resta preguntarse por su funcionamiento en atención a tales caracteres constitutivos.

Considerar en forma pormenorizada todos los puntos relacionados reclamaría un volumen aparte; una anticipación prescindente de cierta espontaneidad con la cual podrían desarrollarse instituciones privadas luego reflejadas en lo público; y, además, camino al mejoramiento administrativo, ya han sido atendidos muchos de los aludidos aspectos a lo largo de estas páginas. Por ende, dedíquese el presente apartado a perfilar lineamientos funcionales sobre ámbitos básicos de proyección administrativa.

En lo jurídico, la Administración ejercería potestades limitadas, encausadas y no arbitrarias. La limitación -constitucional, legal, reglamentaria- prevendría los desbordes y excesos de los organismos encargados de cumplir su voluntad garantizadora del orden público. El encausamiento reflejaría el ejercicio de facultades regladas -normativamente previstas- y el margen de discrecionalidad no implicaría abuso de funciones -las decisiones se tomarían dentro de opciones válidas-. El rechazo a la arbitrariedad implicaría la proscripción de los comportamientos mañosos del ente administrativo -irracionales, caprichosos, o no orientados al cumplimiento de objetivos legítimos concordantes con los derechos de los administrados-.

²⁰⁰ Ibidem, p. 169-171

En lo económico, la Administración se abstendría de entorpecer el libre comercio, y sentaría reglas de juego conocidas y con cierto halo de permanencia. Lo primero conllevaría la ausencia de reparticiones y dependencias atentatorias contra el mercado -Secretarías de Comercio, Direcciones regulatorias e intervencionistas de la actividad privada-. Lo segundo proyectaría transparencia y seguridad jurídica -posibilidad de planificación a mediano y largo plazo para agentes mercantiles e inversores privados, y previsibilidad en las decisiones y marcos vinculantes-.

En lo político, la Administración en tanto manifestación gubernamental obedecería criterios objetivos de actuación, constitucionalmente alineados y administrativamente secundados. La objetividad apuntaría al reconocimiento fáctico y normativo en el cumplimiento de metas, y la consideración de los derechos ciudadanos originales como norte ineludible -actuación de acuerdo a los hechos de la realidad y las normas reglamentarias, y siempre en respeto y defensa de los derechos individuales para cuya garantía existe-.

En lo nacional, la Administración retiraría las regulaciones que impiden la productividad y el intercambio local -factores del crecimiento de los ciudadanos que la sostienen-; y *en lo internacional*, abriría el país a la circulación de capitales e inversiones extranjeras -aceitando la competencia y la amplificación de la oferta y demanda de bienes y servicios-.

En resumidas cuentas, nada en la Administración debería significar una amenaza o un estorbo al libre ejercicio de las voluntades individuales en persecución de fines legítimos. Todo en la Administración debería considerar permanentemente que su razón de ser moral y legal radica en aportar medios para que tales voluntades se manifiesten en un propicio clima pacífico.

III. Conclusión

La Administración Pública es un reflejo de la concepción estatal que primariamente se consagra.

Si la mentada concepción va por la buena senda de la Minarquía y el Gobierno Limitado, la Administración será una entidad dadora de respuestas y solucionadora de conflictos desde dicha plataforma. No irá más lejos que su idea filosófica y su construcción jurídica.

Por el contrario, si el camino escogido es el Estado gigante y el Gobierno de las intervenciones y los acomodados, la Administración no será otra cosa que un calamar extendiendo sus tentáculos en cuanto ámbito privado y fortuna particular encuentre, una dadora de privilegios para cercanos al poder, y generadora de clientelismo político con inescrupuloso rédito electoral.

Capítulo 19. En relación a la aplicación práctica – Parte I: Régimen competencial del Estado

I. Introducción

Aquí comienzan a esbozarse propuestas de reforma del Estado en relación a la aplicación práctica, con especial repercusión en la Administración Pública, sus órganos actuantes y procedimientos legales.

Habiéndose desarrollado ya las propuestas a nivel de teoría general, y empezando ahora con la parte práctica, el presente capítulo tendrá una estructura híbrida -contenido filosófico teórico y contenido jurídico práctico-, y ha de considerarse un paso transicional de una sección a otra, que aprovecha las bases ya presentadas y continúa fundamentando los cimientos para el resto de contenidos a exponerse.

El objetivo intelectual es dejar sentados lineamientos que puedan tomarse como puntos de partida para emprender cambios administrativos generadores de impacto positivo en el despliegue de la función pública, el respeto por los derechos del administrado, y la armonía en la vinculación jurídica entre ambas partes.

El objetivo académico es aportar herramientas para que los interesados evalúen el desenvolvimiento de las Administraciones Públicas de sus países y ciudades, identifiquen eventuales problemas, aprovechen las posibilidades de cambio, y se encuentren en condiciones de peticionar a las autoridades o implementar –según el lugar que les corresponda- reformas positivas, eficaces y rigurosas; amén de ostentar conocimiento de vías legales con las que cuentan –o cuyo reconocimiento deberían promover- para canalizar reclamos y defender derechos e intereses.

La exposición presentará tres tipos de propuestas: *globales*, que harán referencia a enfoques metodológicos y visiones transversales del sistema administrativo; *generales*, que impactarán sobre la base de las competencias bajo examen; y *específicas*, que se adentrarán en instituciones y normativas concretas.

Como ya se aclaró al abordar las propuestas en relación a la teoría general, las ideas aquí contenidas no son todas de propia autoría; obedecen a pautas que dejaron de aplicarse, o que tienen aplicación insuficiente en diversos ordenamientos jurídicos.

En todo caso, la contribución es presentarlas de un modo sistemático; orientadas filosóficamente por una visión digna de recuperación que en gran medida ha estado ausente en los centros de debate definidores del rumbo de la Administración; enmarcadas de acuerdo a un modelo de Estado rescatado del olvido; y desarrolladas para alcanzar una vigencia de la cual carecen en sistemas que están comprometidos con su antítesis.

Debe tenerse en cuenta que todo lo esbozado a continuación se hace bajo la premisa de que el Estado Liberal de Derecho -en torno al planteo de funciones mínimas y limitación gubernamental- es el mejor modelo estatal histórico entre todos los exhibidos, por ser el que propone circunscribir la actuación administrativa a aspectos esenciales y no innecesarios; por fijar dentro de estos aspectos una estricta limitación de los poderes de la autoridad; y por respetar los derechos y márgenes de actuación de los administrados. Así mismo, la coherencia marca el camino del desarrollo hacia el teorizado Estado Mínimo.

No deja de reconocerse que, para un correcto devenir de algunas de las propuestas presentadas en este capítulo y en los sucesivos, se requiere primero una reforma de la Constitución y recién luego de la Administración. No se pretende aquí saltar los pasos que llevaría un correcto itinerario, y se deja la puerta abierta para las consideraciones que hagan falta cuando sea el momento transformador apropiado para una discusión jurídica de fondo.

Tampoco se procura aplazar la exposición intelectual de manera indefinida, puesto que sembrar en el debate de ideas permite luego la cosecha en el debate normativo. Aquí no se cree en la postura perpetua de “este no es el momento” que al final bloquea cualquier iniciativa por nunca ser el momento (por ejemplo, actuar siempre bajo la extorsión de no recortar el sector público porque si se hace sobrevienen cortes de calle y atentados a la gobernabilidad); ni en el “gradualismo” que en términos relativos hace ver a las tortugas como velocistas (por ejemplo, dar pasos pequeños e insignificantes que terminan reducidos en meras apariencias de cambio y jamás llegan a lo fundamental). Como se afirma, fomentar la intelectualidad repercute en la normatividad, y aceptar lo primero le da celeridad a lo segundo.

Por ello, considérense las ideas defendidas; y en caso de compartirlas, plantéese una estrategia ordenada para llevarlas a cabo con sobriedad.

II. Propuestas globales

En este apartado se desarrollarán las propuestas a nivel global. La lupa estará puesta primero sobre el enfoque filosófico y luego sobre el enfoque jurídico para entender el sistema administrativo desde la perspectiva liberal.

II.A) Enfoque filosófico individualista

La primera propuesta global para abordar de un modo renovado la totalidad del sistema administrativo es la adopción del *enfoque individualista en lo filosófico*.

Dos bloques se debaten en torno a la consideración de la naturaleza humana y las relaciones sociales: el individualismo y el colectivismo.

El *individualismo* considera que la persona es una entidad autónoma, independiente, un fin en sí misma y no un medio para fines ajenos. La vinculación de esta persona con el resto debe ser voluntaria, mediando acuerdo entre partes, dejando de lado la imposición. Los valores que presiden el desarrollo propio y el trato entre individuos son la *libertad* y la *justicia*, es decir, el actuar por propia elección en ausencia de coerción y el dar a cada uno lo suyo.

El *colectivismo* considera a la sociedad como un organismo supraindividual respecto del cual las personas son partes integradas, conectadas por fines comunes y obligaciones solidarias recíprocas, siendo cada una un medio para el cumplimiento de los fines de las otras. La vinculación entre sí se da por voluntad o por coerción, validándose esta última por el contexto comunitario y las necesidades de los miembros. Los valores cardinales son la *igualdad* y la *justicia social*, esto es, equiparación de condiciones materiales o de oportunidades de desarrollo, y redistribución de riqueza atendiendo a las necesidades de cada cual.

Si lo que se pretende al renovar un sistema es una entidad pública que priorice el cumplimiento de los fines individuales de los particulares sin estorbos burocráticos innecesarios, en vez de la realización del interés público equiparado a la voluntad general y entendido desde la óptica del órgano administrativo actuante, el enfoque aquí propuesto como digno de adopción es el individualista.

II.B) Enfoque jurídico individualista

La traducción del recién examinado enfoque filosófico individualista, al lenguaje jurídico-administrativista, conduce al *enfoque jurídico individualista desde el administrado*.

Se encuentra muy extendida y es ampliamente aceptada, de una forma u otra, la doctrina de que el fin de la Administración Pública es el bien público, y que por lo tanto el propósito de sus normas y procedimientos es alcanzar siempre y en cada caso aplicable el bien común.

En principio, este es un enfoque colectivista que apunta a garantizar el “bienestar social/general” -y demás expresiones colectivas difusas o indeterminadas- por encima, a costa, o exigiendo el sacrificio de los bienes individuales.

Ahora bien, como “lo público” que es lo que pertenece a todos (por ejemplo, las plazas y parques provinciales y municipales de las ciudades) tiende a confundirse con “lo público” que es lo estatal (como la propia Administración Pública); y tomando en cuenta que la voluntad general se expresa mediante el Estado, y sus órganos funcionan mediante los representantes de aquella; el enfoque lleva a la obtención de consecuencias indeseables, tanto en manifestaciones normativas de carácter general como en resoluciones de casos concretos en relación a los derechos de los individuos administrados.

El sistema que asume la perspectiva colectivista del bienestar público es propenso a emitir actos y resolver disputas beneficiando a quien representa la realización colectiva de las voluntades y mantiene el orden social, es decir, la mismísima Administración Pública. A su vez, esto implica el establecimiento de mayores sacrificios de los intereses individuales en pro del interés general, y el deber de soportar mayores cargas particulares en pro del funcionamiento de lo público.

Básicamente, si el principal foco de interés es el sostenimiento del interés público en base a normas emitidas por entidades públicas que buscan fines públicos; y resolución de casos por órganos públicos que reestablecen el orden público; los resultados derivados son el cumplimiento o restablecimiento del ordenamiento jurídico por el ordenamiento mismo, o por una preeminencia absoluta de lo público-estatal, y la subordinación de los derechos e intereses del administrado a la conveniencia y realización del interés público-general.

La contracara de dicha situación reside en asumir el enfoque individualista, que pone su acento no en el interés colectivo, el bien común y la realización de los intereses

públicos del Estado, sino en los derechos e intereses del administrado frente a la Administración.

En teoría, la Administración Pública existe para servir al administrado -garantizando el respeto por sus derechos constitucionales, la realización de su interés particular donde y cuando corresponda, y la provisión de mecanismos y herramientas para que este pueda expresarse en los casos que se requiera-. ¿Por qué, entonces, se observa en la práctica a una Administración imbuida de privilegios, frente a un administrado empequeñecido cuyos reclamos quedan diluidos en la maraña burocrática? Pues, porque la prioridad de la consecución de los fines públicos como fines del Estado bloquea el hecho de que este pueda verse perjudicado en su rol de portador de las “voluntades de todos” debido a la realización de la “voluntad de uno”.

El enfoque individualista se concentra en los derechos de las personas y sus fines particulares: habilita la visión global de una Administración cuyo servicio es para beneficio de todos y cada uno de los administrados, y su expresión se hace presente en la justicia concreta de cada caso particular que respeta derechos e intereses involucrados; en vez de que ellos sean dejados de lado, pospuestos o minimizados por una abstracción indeterminada de “bien común”.

La prioridad no está puesta en alegados fines públicos que son fines de Estado, demandantes de sacrificios individuales (puesto que ello implica tener administrados que sirven a la Administración en vez de una Administración que sirve a los administrados). Al contrario, la prioridad radica en garantizar la consecución de fines individuales mediante un esquema de normas que permita conocer reglas razonables concernientes al desenvolvimiento de todos; y procedimientos objetivos destinados a la resolución de eventuales conflictos, sin que las intenciones de la Administración resulten avasallantes.

III. Propuestas generales

En este apartado se exponen las propuestas generales. En primer lugar, se atenderá la preeminencia de la regulación indirecta; y, en segundo lugar, la limitación de la discrecionalidad.

III.A) Preeminencia de la regulación indirecta

Un enfoque filosófico individualista dice que los derechos individuales a la vida, libertad y propiedad (la tríada básica del Liberalismo) son inalienables. La persona es

titular de los derechos por el hecho de ser persona -un agente racional con voluntad y pensamientos propios para desenvolverse-, y estos funcionan como protecciones frente a cualquier obrar agresivo y arbitrario. El individuo es una realidad previa al Estado; por ende, los derechos son previos al Estado, y lógicamente, previos a la Administración Pública. La tarea de la autoridad no es *crearlos* sino *reconocerlos*.

En el plano jurídico, las Constituciones nacionales de origen liberal -como la argentina- reconocen y consagran los derechos fundamentales de los individuos; esos que no pueden ser violentados por la autoridad, y cuyas leyes no pueden desvirtuar su ejercicio mediante regulaciones que los tornen inoperantes.

Concretamente en lenguaje administrativista, la prioridad de los derechos del administrado sobre las facultades y prerrogativas de la Administración Pública lleva a proponer la *preeminencia de la regulación indirecta* en el esquema jurídico, atinente al desenvolvimiento de los órganos administrativos y su vinculación con la ciudadanía.

Acentuar los derechos -en lenguaje jurídico llamados derechos *subjetivos*, y en lenguaje filosófico llamados derechos individuales- titularizados por el administrado, por medio de erigir barreras que la autoridad no debe sobrepasar, resulta eficaz de cara a la limitación de la Administración para prevenir excesos, abusos y desvíos.

Como contracara, se observa que cuando el empeño está puesto en amplias regulaciones de las potestades, facultades y prerrogativas de la Administración, por encima de los derechos del administrado, la actividad pública tiende a crecer en funciones y áreas de influencia dificultando la libre iniciativa individual.

El primer esquema arroja una actividad administrativa de policía limitada y concentrada en puntos básicos de la esfera pública, con sumo respeto por la esfera privada, y mejores posibilidades de eficacia allí donde se especializa, alejándose de eventuales mediocridades y desatenciones por abarcar un sinnúmero de funciones.

El segundo esquema plantea una Administración expansiva la cual, al cubrir mayores áreas, necesita mayor personal, lo que genera un aparato burocrático pesado y costoso, que por un lado justifica su ensanchamiento dictando más reglamentaciones -por las cuales el particular puede verse reducido a solicitante de permisos en vez de titular de derechos en ejercicio-, y por otro lado debe pagar más salarios provenientes del erario público -que implican mayores cargas a soportar por el administrado contribuyente-.

La relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo debería ser natural, y de permanente tránsito de consulta desde el segundo lado hacia el primero, como en un puente de arco que no necesita un soporte adicional para sostenerse. Mas las

aproximaciones publicistas que -en aras del orden público- dotan de poderes a la Administración a expensas de los derechos privados, transforman a la vía de comunicación con la Constitución en un endeble puente colgante que necesita soportes para no derrumbarse; y el refuerzo para que el Derecho Administrativo no deje de comunicarse con la Constitución, a fines de preguntarle lo que puede y no puede hacer, le corresponde a la aproximación de la regulación indirecta.

Más espacios libres de estorbo a los derechos del administrado, y menos regulaciones ampliatorias de poderes de la Administración, es exactamente lo que se requiere para un óptimo y respetuoso esquema público. En ello, la aproximación de la regulación indirecta juega su papel.

III.B) Limitación de la discrecionalidad

Como se ha visto, la discrecionalidad permite un margen de actuación concedido al órgano administrativo donde ejerce su capacidad decisoria entre opciones válidas, como mejor lo entienda de acuerdo a estándares y normativas legales que regulan y avalan tanto el acto de elegir como la alternativa a seguir.

Aun así, el hecho de basar una actuación en la apreciación del operador jurídico (por más que esta deba encuadrarse dentro de los parámetros técnico-legales) lleva ínsito el riesgo de caer en la arbitrariedad, incluso existiendo opciones regladas y permitidas por la norma.

La experiencia latinoamericana demuestra una trayectoria tan larga como lamentable de Administraciones Públicas que cuentan con la potestad discrecional de repartir fondos estatales, apareciendo ante ellas válidas opciones de asignación de partidas de dinero o mercancías para tal o cual organización o región, y que sin embargo orientan su actuación mediante un tachable criterio decisor atravesado por la generación de clientelismo político e intenciones electoralistas.

Esto no quiere decir que por el simple hecho de existir discrecionalidad el órgano administrativo actuará de manera injustificada; de hecho, como sostienen varios autores, la imposibilidad e inconveniencia de prever absolutamente todas las situaciones posibles que pueden generarse en la esfera pública hacen inevitable la aparición de cierto margen discrecional para actuar y resolver en aquellos momentos donde se requiere, y esto no lleva a pensar en que automáticamente tal actuación se convierta en irrazonable o condenable. Pero sí debe tenerse en consideración que aumentar las facultades discrecionales y

las situaciones previstas para su ejercicio conlleva abrir la puerta tentadora a las prácticas ilegales acusadas previamente.

Lo propio de un Estado de Derecho -en aras del cumplimiento del postulado sostenido tanto por el Padre Fundador de Estados Unidos John Adams como por el Prócer argentino y latinoamericano Domingo Faustino Sarmiento, que debe haber un *gobierno de leyes y no de hombres*-, es que la actividad estatal, y dentro de ella la actividad de la Administración Pública, sea reglada. Vale decir, que el operador jurídico cuente con un manual de instrucciones para saber cómo debe actuar, y una hoja de ruta para encauzar dicha actuación dentro de lo normado. Los efectos de tal planteo son *previsibilidad* y *transparencia* en la conducta administrativa, así como *reglas de juego conocibles* para el administrado.

Por el contrario, la discrecionalidad llevada al paroxismo se da en las Autocracias y Gobiernos de nula o endeble limitación, donde los criterios de objetividad de las normas y razonabilidad en la actuación son reemplazados por los deseos y antojos de la persona al mando, quien se vale del ordenamiento para brindar un manto de legalidad a sus decisiones, pero cuya finalidad no es la realización de los derechos de los administrados ni un interés general que se haya esforzado en definir –que en suma sería el conjunto de intereses individuales de los administrados-, sino la consecución de sus particulares fines políticos. O bien, la autoridad evoca el ordenamiento como si actuara discrecionalmente, pero actúa por fuera de este irregularmente, cometiendo ilegalidades disfrazadas de prácticas válidas. Es en dichos casos cuando la discrecionalidad funciona como *refugio de la arbitrariedad*.

Por ende, la propuesta aquí presentada consiste en la *limitación de la discrecionalidad administrativa*, tanto en las oportunidades para ejercerla como en los aspectos sobre los que recae. Lo primero implica una reducción de las situaciones que se abren al margen decisor del órgano administrativo (generalmente reparto de fondos, nombramiento de personal, contrataciones). Lo segundo exige reglamentación clara sobre los puntos contemplados por la norma no sujetos a discreción, y aquellos donde se permite la apreciación y elección (por ejemplo, elegir un adjudicatario, pero mediante un concurso con bases sumamente regladas; o bien la posibilidad de adoptar o no determinada medida, pero sin poder prescindir de un dictamen técnico elaborado en torno al conocimiento de un acreditado especialista).

IV. Propuestas específicas

Es el turno de las propuestas específicas: la primera atinente a la explicitud en los elementos del acto administrativo; y la segunda al sometimiento de las actuaciones administrativas a revisión judicial.

IV.A) Explicitud en los elementos del acto administrativo

A efectos de su validez, un acto administrativo debe contar con los elementos previstos normativamente, los cuales pueden variar en mayor o menor medida en los distintos ordenamientos jurídicos, pero que generalmente incluyen sujeto, objeto, competencia, forma, motivo y finalidad.

Mientras más claras sean las reglas, más claro será el acto administrativo, y mientras más claro sea el acto administrativo, más comprendido será por el administrado. Por lo tanto, resulta deseable que el acto administrativo pueda bastarse a sí mismo en términos de entendimiento y las aplicaciones que correspondan, evitando quedar enmarañado en otras regulaciones no aludidas o defectuosamente citadas, lo que complica su eventual seguimiento, aceptación o rechazo.

Con ello en mente, la propuesta en este punto es la exigencia de *explicitud en los elementos del acto administrativo* para una correcta identificación de todas sus implicancias y un análisis de sus fundamentos. Debe resultar claro de su lectura a quién se dirige, sobre qué recae, quién es la autoridad competente que lo dicta, los requisitos formales que se cumplen, cuáles son los antecedentes de hecho y derecho en que se basa, y qué fines se persiguen con su sanción. Esto es lo que generalmente demanda un ordenamiento jurídico serio; y, sin embargo, se incluye aquí como una propuesta concreta, debido al enmarañamiento legal y el vocabulario equívoco que pueden afectar la claridad administrativa, y que injustamente permiten trampear con la ley o a expensas de ella.

Más concretamente, en cuanto a la finalidad, motivación y fundamentación del acto administrativo, este debe hacer una mención explícita y ordenada de los hechos y antecedentes que le sirven de sustento, así como la normativa invocada para apoyar la decisión. Sucede que, en algunos casos, la autoridad dictante hace simples remisiones a normativa de complicado acceso para el administrado, sin citar o transcribir concretamente los artículos a los cuales refiere, por lo que éste debe efectuar una búsqueda externa para enterarse de los pormenores de la previsión legal. O bien, la autoridad tampoco estipula específicamente los hechos tomados en cuenta para basar la decisión, resintiéndose

así la argumentación legal de la actuación. Y a todo ello, se le suma lo difícil que puede resultar -en una Administración sumamente enredada por oficinas y pasillos burocráticos- entrar en contacto con los encargados de brindar respuestas y hacer un seguimiento del expediente del caso de que se trate.

Por lo tanto, deben extremarse los recaudos administrativos para dictar actos, de modo que no ameriten queja en cuanto a su presentación. Y esto no es un favor al administrado, sino el respeto a su derecho de saber y eventualmente efectuar descargos y ejercer su defensa.

IV.B) Sometimiento de las actuaciones a revisión judicial

En la historia jurídica de los últimos dos siglos, uno de los temas administrativistas más controversiales ha sido la procedencia o improcedencia de la revisión judicial de la actuación administrativa, y en caso de proceder, qué actos y elementos caerían bajo la tutela judicial.

La primera doctrina elaborada por el Consejo de Estado en Francia estableció una tajante división de poderes, que impedía al Poder Judicial revisar los actos de la Administración. Este hecho dio origen a la *jurisdicción contencioso-administrativa* como ámbito de control de las decisiones administrativas. Explica Cassagne:

Mientras, por una parte, se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración, por otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa (*juger l'Administration, e' est aussi administrer*). Así se gestó, en el derecho público, la llamada jurisdicción contencioso-administrativa, al menos, en su configuración moderna.²⁰¹

Ahora bien, el alcance de la revisión en la mencionada sede era limitado: solo incluía el control de legalidad en cuanto a la forma del acto y la competencia de la autoridad, agregándose más adelante el control sobre el fin del acto a los efectos de evitar desvíos de poder. Pero para los actos de imperio de la Administración, considerados puramente discrecionales y referidos al aseguramiento de la organización administrativa y los fines colectivos, el control jurisdiccional directamente estaba vedado.

²⁰¹ Cassagne, J. C. (2009). La discrecionalidad administrativa. Foro Jurídico, (09), 82-91. Recuperado a partir de: [<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18518>].

Aparecieron a su vez posiciones intermedias, según las cuales eran revisables en sede judicial los actos reglados de la Administración, no así los que se dictaran en ejercicio de las facultades discrecionales.

Ya en el siglo XX la posición francesa se replicó en otros países. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció a favor de la autolimitación del Poder Judicial respecto de los actos ejecutivos y legislativos, también invocando el principio de división de poderes. En España, el ordenamiento jurídico establecía que los actos discrecionales, políticos y reglamentarios quedaban fuera de la órbita de control judicial.²⁰²

Luego, el avance de la teoría jurídica en la segunda mitad del siglo XX llevó al sostenimiento de la posición contraria. Surgieron doctrinas y fallos de Tribunales Supremos que avalaban la revisión en sede judicial de las actuaciones administrativas. Para apreciación en toda su magnitud del giro doctrinal y jurisprudencial, no solamente quedaban incluidos en los supuestos de revisión los actos discrecionales, sino que eran *especialmente* revisables por ser tales. Vale decir, antes se pensaba en actos discrecionales como fuera del control judicial; luego, para evitar arbitrariedades y abusos, se otorgaba concreta importancia a la revisión de la discrecionalidad. El giro implicó el paso de una perspectiva de tajante *división* de poderes a una perspectiva de efectivo *control* entre poderes.

Entre los supuestos de facultades discrecionales revisables, Rogelio Vincenti menciona el ejercicio de potestades reglamentarias, temas de empleo público, uso de poderes disciplinarios sobre agentes públicos, y criterios de evaluación utilizados para el ascenso en la carrera administrativa.²⁰³

Hoy en día, hay un amplio criterio jurisprudencial que permite la revisión judicial de los actos de la administración, y para determinar su alcance ha servido la posición doctrinaria de considerar que los actos son en parte reglados y en parte discrecionales.

Los elementos reglados claramente son susceptibles de control (de no existir, o encontrarse “seria y gravemente afectados, el juez puede declarar la nulidad del acto sujeto a revisión”);²⁰⁴ y en consonancia también lo son los aspectos jurídicamente reglados

²⁰² Vincenti, Rogelio W.; El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto. En: Alonso Regueira, Enrique M. (Dir.); *El control de la actividad estatal*, Tomo I, Asociación de Docentes, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, p. 318

Link de consulta: [derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-vincenti-reglados-pdf].

²⁰³ Ibidem, p. 319, 320

²⁰⁴ Ibidem, p. 329

de las decisiones discrecionales; de modo que no se controla la discrecionalidad en sí misma, sino dichos elementos reglados.²⁰⁵ Así, son pasibles de control -como aspectos reglados de la decisión administrativa- la causa, competencia, forma y finalidad del acto.

Explica Federico Campolieti: “Solamente en el objeto del acto administrativo – aquello que el acto decide, certifica u opina– puede admitirse la existencia del juicio de discrecionalidad propiamente dicho”.²⁰⁶ Con ello en vista, cabe preguntarse: ¿cuál es el alcance de la revisión judicial? El mismo autor sostiene:

Cuando una norma contempla diversas soluciones igualmente justas, la Administración debe realizar un análisis respecto de qué medida u opción resulta más apropiada o acertada en el caso concreto y, consecuentemente, satisface de la mejor manera el interés público. Ese examen integral de las distintas alternativas, junto con la efectiva elección de una de las opciones previstas, configura una actividad privativa de la Administración que no resulta pasible de cuestionamiento desde una perspectiva jurídica.

Por lo tanto, del ejercicio de una facultad discrecional debe seguirse el respeto del juicio que realiza la Administración. De tal manera que las valoraciones implicadas en la decisión no son susceptibles de ser sustituidas por el criterio de los tribunales judiciales.

En este punto, resulta de aplicación la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [de Argentina], cuya regla tradicional ha sido recordada en el caso “Prodelco” en los siguientes términos: “las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial”.

Consecuentemente, frente al ejercicio de una facultad discrecional, el control judicial debe limitarse a constatar la legalidad de la medida adoptada y la ausencia de irrazonabilidad de la decisión en el caso concreto.²⁰⁷

Por lo tanto, hay dos parámetros a tener en cuenta: la legalidad y la razonabilidad. La *legalidad* se concentra en los aspectos reglados propiamente dichos y aquellos que

²⁰⁵ Ibidem

²⁰⁶ Campolieti, Federico; El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En: Alonso Regueira...; p. 116

Link de consulta: [derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-campolieti-control.pdf].

²⁰⁷ Ibidem; p. 116, 117

delimitan el margen de actuación de la Administración en ejercicio de las potestades discrecionales. La *razonabilidad*, a su vez, pone el foco en la decisión tomada por la Administración en concordancia con valores y estándares de una conducta aceptable. Si el acto es contrario a la legalidad, corresponde su anulación. Si el acto es irrazonable, también debe ser anulado, pero lo que se tacha es la irrazonabilidad del acto; no se habilita al juez a evaluar si hubo un mayor o menor acierto en la decisión administrativa. El juez no puede sustituir la decisión de la Administración cuando había dos o más opciones legalmente válidas, ni imponer su criterio por sobre el de la Administración, sino que se limita a declarar los eventuales vicios y transgresiones del caso concreto.²⁰⁸

Visto lo precedente, la propuesta considerada adecuada -siguiendo estándares del Estado Liberal de Derecho- es la *revisión judicial integral del acto administrativo*, tanto del acto reglado como de los elementos reglados que bordean la decisión tomada con discrecionalidad. Resultan inapropiadas las consideraciones sobre la Administración como ente independiente de cualquier control que ejerza otro poder a modo de contrapeso; como ente capaz de ejecutar actuaciones cual cuerpo fuera de la ley; y como ente cuyas potestades discrecionales son actos de imperio o de decisión exclusiva que no pueden revisarse en ninguno de sus elementos. Ello atenta contra la corroboración del principio de juridicidad, la limitación del poder y su control por otros poderes, y la responsabilidad por lo obrado.

En tal sentido, para mantener una sujeción al principio de legalidad, un control entre poderes y un balance republicano que ahuyente las Autocracias, se mira con buenos ojos a la *tutela judicial efectiva*. Negarla implica recortar el derecho de defensa del posible perjudicado, lo cual se agrava cuando enfrente de un particular desprotegido se encuentra un ente estatal respaldado por la fuerza pública y el poder de imponer decisiones.

La implementación de la propuesta desde el Derecho Administrativo se logra a través de la abstención de la Administración de emitir reglamentaciones tendientes a resguardarse de eventuales controles, como si sus actos de *imperium* estuvieran fuera de todo cuestionamiento y marco legal; y mediante la eliminación de la obligatoriedad para el particular de agotar la vía administrativa antes de poder discutir su caso en sede judicial, ya que la primera ocasiona un desgaste muchas veces irrecuperable para quien luego no puede sostener económicamente su reclamo, amén de que lo correcto en aras de una tutela efectiva de derechos es darle la posibilidad de elegir al reclamante por cuál vía prefiere

²⁰⁸ Vincenti; *el control...*, op. cit., p. 330

canalizar su reclamo. En una enorme cantidad de casos, la vía administrativa solamente sirve para estirar los reclamos en el tiempo, lograr que el reclamante desista, y llevar el caso a un punto muerto dentro de la propia Administración juzgándose a sí misma.

V. Conclusión

Los ordenamientos jurídicos, en su faz regulatoria de la Administración Pública, requieren pensar acerca de la normativa existente, y repensar en aceptar los procedimientos que redunden en beneficio del administrado. Todo ello con el objeto de maximizar el respeto por los derechos y garantías, y lograr la optimización administrativa para que se alcancen de la mejor manera las finalidades de los órganos establecidos.

La visión liberal del Estado de Derecho, que conlleva la limitación de las potestades administrativas a funciones frugales y claramente definidas, es compatible con todas las propuestas efectuadas en los niveles global, general y específico, teniendo siempre en vista el adecuado tratamiento al administrado y sus pretensiones, y un funcionamiento sujeto a la ley y exento de arbitrariedad por parte de la autoridad administrativa.

Cuanto mejor se sujete el accionar administrativo a reglas transparentes y conocidas, mayor será el reconocimiento que de él podrá tener el administrado; cuanto mejor se limiten las funciones de la Administración a un estricto marco de actuación, mayor será el ejercicio de los derechos individuales de los que podrá gozar el particular.

Capítulo 20. En relación a la aplicación práctica – Parte 2: Empleo público, contratación, régimen dominial e infraestructura

I. Introducción

El capítulo de marras procura profundizar los contenidos desarrollados en relación a las temáticas de empleo público, contratación, régimen dominial del Estado e infraestructura pública, a través de la presentación de propuestas e ideas a considerarse con miras a implementar satisfactorias reformas sistemáticas.

La tónica será la misma que en las páginas anteriores: lo original o innovador se nutrirá de nociones ya abordadas por autores idóneos y a veces ya probadas en la realidad jurídica de un país. Lo importante es que se cambie para bien, o se afiance lo que sirve para continuar por la buena senda.

II. Empleo público

El Estado de Derecho de corte liberal, minimalista y limitado se preocupa porque la empleabilidad pública cumpla la función de dotar de personal necesario a los órganos encargados de llevar adelante funciones vitales.

De tal modo, los criterios para planificaciones, selecciones, nombramientos y designaciones son *idoneidad* -demostración de las capacidades y habilidades del candidato para ejercer el cargo-, *transparencia* -brindar información pública y fidedigna sobre los mecanismos de incorporación de una persona a la plantilla estatal-, *razonabilidad* -en este contexto, significa la argumentación seria, responsable, legal y legítima sobre los fundamentos de necesidad y propósito de emplear-, y *proporcionalidad* -en este contexto, la evaluación de medios y fines relativa a la cantidad de personas que se incorporan y vacantes disponibles en relación a determinaciones sobre la cantidad que se necesita para lograr eficientemente lo que se propone-.

Por ello, el Estado no puede incorporar gente no preparada y sin experiencia de ningún tipo para ocupar puestos y ejercer funciones; no puede oscurecer los métodos o directamente denegar información acerca de los procesos seguidos para incorporar; no puede incorporar sin motivación alguna -por el simple hecho de incorporar- ni incorporar por otra razón que no sea atendible en miras de funciones legítimas -incorporar por devolución de favores, o sin justificar la necesidad de hacerlo-; y tampoco puede incorporar a modo de sobrepoblación estatal -por convertirse en una agencia de empleo, una mutual, un seguro de desocupación, o una plataforma de manutención de militancia oficialista-.

De dichos criterios, se desprenden puntos argumentales para cuestionar la noción de estabilidad en el empleo público: Si aparecen candidatos más idóneos, ¿por qué han de conservarse en una planta permanente aquellos que han sido superados o que están cumpliendo en menor medida su función? Si se requiere transparencia para incorporar, ¿no es necesaria también la transparencia a la hora de mantener, la cual suele ser obviada porque se piensa en el empleo público como un premio de por vida? Si debe existir apego a lo razonable, ¿por qué resulta inexplicable la incorporación de tanta gente cuyos aportes terminan siendo -o empiezan siendo- nulos o innecesarios para la función pública legítima? Si debe mantenerse un equilibrio para conservar la proporcionalidad, ¿por qué los incentivos se direccionan cada vez más en meterse en lo público para “salvarse” frente al mercado privado ahogado, y por qué se recurre a la excusa de plantear más fines estatales para poder incorporar más gente que presuntamente los persigue?

En base a dichos criterios, las propuestas se manifiestan en favor de un recorte en las funciones del Estado que va de la mano con una reducción en su plantilla y en los gastos, y la eliminación de la estabilidad en el empleo público.

II.A) Reducciones estatales

Los estudios de José Luis Espert dejan al descubierto la preocupante realidad nacional en cuanto a la estructura del gasto público:

En la Argentina el gasto público global pasó de 26,3% del PBI en 1995 a 41,4% en 2015. Por otro lado, el gasto público promedio en los países de la OCDE en 1995 fue del 46,2% del PBI mientras que en 2015 fue del 45,3%. Esto implica que en Argentina el gasto público creció en 15,1% puntos del producto mientras que en promedio en los países de la OCDE cayó 0,9 puntos del producto. Claro, el gasto público en la OCDE en 1995 ya estaba en

niveles similares desde los 80. No es un fenómeno como sí lo es el argentino donde el gasto público explotó desde 2003 para acá, subiendo 20% del PBI que es lo que hace que comparado con 1995 sea 15,1% del PBI más alto.²⁰⁹

Valga decir, lejos de contraerse en términos de desembolsos, el Estado argentino se expandió; y no solo eso, lo hizo de enorme manera en términos comparativos con el promedio de países de la OCDE.

Entre los ítems de gasto a considerar, el gasto en salarios creció del 8,5% en 1995 al 12,0% en 2015. En relación a ello, Espert caracteriza el obrar del Gobierno que culminó en 2015: “Usar al Estado para su proyecto de poder omnímodo, haciendo ingresar a la mayor cantidad de gente posible, creando todos los cargos necesarios y transformar a quienes ocupan los cargos, no en servidores públicos, sino en militantes”.²¹⁰ De allí que el Gobierno entrante anunció que había heredado del anterior la suma de 1.400.000 empleados públicos, “casi el 40% de la planta total de estatales del país, para disimular el desempleo”.²¹¹

Frente al caótico y desalentador panorama que arrojaban los números en 2017, Espert propuso medidas económicas liberales, entre ellas: “...bajar el gasto público del 40% del PBI de hoy a poco más de la mitad, 25% del PBI, que es el nivel promedio que Argentina tuvo durante los poco más de cuarenta años que van desde 1961 a 2002 (...). Para ello habría que despedir gradualmente a millones de empleados ñoquis (...); “...la reducción de los gastos del aparato político, cobijado en bancas y empleados excesivos en el Congreso, en las Legislaturas Provinciales, en los Consejos Municipales y en numerosas empresas y organismos estatales”; “...liberar mano de obra para las actividades agroindustriales a través del achicamiento de los empleos provinciales y municipales”.²¹²

Entonces, el achicamiento del Estado tiene que ver con dejar de mantener y garantizar el derecho al estancamiento de empleados que no trabajan o no cumplen funciones necesarias; dejar de mantener a una clase política costosa por la que se paga enormes cantidades de asesores para favorecer militancia o acomodo (y si necesita tantos asesores es que no está capacitada para estar donde está); y hacer que la gente estatal que no trabaja o trabaja en algo evitable en el sector público, pase de una rutina improductiva a una

²⁰⁹ Espert, José Luis; *La Argentina devorada*, Galerna, Buenos Aires, 2017, p. 375

²¹⁰ Ibidem; p. 376

²¹¹ Ibidem; p. 377

²¹² Ibidem; p. 452-454

rutina productiva y competitiva en el sector privado -de la *generación de regulaciones* a la *generación de riqueza*-.

El enfoque resulta interesante y abarcador, puesto que contempla no solamente el rol y la situación de la Administración Pública en su carácter de tal, sino de los poderes estatales en ejercicio de función administrativa. El gasto público lo aumentan tanto los empleados de la Administración como los asesores de diputados y senadores en el Poder Legislativo, y los funcionarios de Ministerios inútiles o de injustificada creación.

II.B) Eliminación de la estabilidad en el empleo público

Ya se anticipó en el capítulo respectivo que la estabilidad en el empleo público atenta contra los necesarios recortes que precisa la Administración de un Estado ordenado en sus cuentas y disciplinado respecto de sus erogaciones. Lo que hace la estabilidad es precisamente lo contrario: alentar y facilitar la inflación en el plantel estatal, ya que muchos empleados nuevos pueden ser designados, pero se van únicamente los que se jubilan -que seguirán cobrando jubilación estatal- o voluntariamente renuncian -pero el incentivo está puesto en quedarse y hacer carrera administrativa-.

Aquí se sugieren ideas para probar y puntapiés iniciales para animarse a visualizar e implementar cambios duraderos que produzcan un verdadero impacto en el mediano y largo plazo, sin caer en las soluciones cortoplacistas que en realidad son encubrimientos para mantener lo mismo -pero pintado de otro color- (como echar empleados públicos nombrados por el Gobierno anterior, solamente para ocupar tales lugares con empleados públicos militantes del Gobierno posterior). El norte siempre está puesto en seguir las directrices enunciadas, y deshacerse de la estabilidad y la planta permanente del Estado - y los efectos financieros derivados de ellas-.

Los puestos de empleo público han de ocuparse por períodos limitados (no solamente los que hoy son electivos, sino los que conllevan una designación de por vida). Si el empleado ha sido efectivo puede pensarse en un eventual renombramiento por otro período, pero los períodos acumulados no pueden superar un límite, el cual alcanzado impide a dicha persona volver a ostentar un cargo público.

Las incorporaciones permitidas en determinados períodos de tiempo deben estar limitadas por ley o reglamento según corresponda, y deben ser evaluadas estrictamente en relación a presupuestos disponibles. Para ello es preciso reducir el margen discrecional de las autoridades y someterlas a reglas que evoquen medida y justificación.

La permanencia y crecimiento salarial del empleado público no deben atarse a la antigüedad en el cargo ni al fundamento colectivista de la pertenencia sectorial. El criterio a seguir, en aras de la demostración de competencia y mantenimiento de la presunta idoneidad por la que fue incorporado, es el del *rendimiento y eficiencia* -que pueden medirse mediante constataciones y evaluaciones periódicas-. La asistente que trabaja mal o no trabaja no puede cobrar lo mismo que la asistente que trabaja bien simplemente porque comparte una categorización o lugar escalafonario; y menos aún, cobrar más simplemente porque lleva más años haciendo nada o haciendo algo mal que los años que lleva quien hace las cosas bien.

Una mentalidad que no sea despreocupada o caótica no promoverá sin más despidos masivos de gente que se quedará sin su trabajo habitual, tentando al estallido social y la protesta colectiva para que hagan una brusca aparición. En el último año que ocupen su cargo, los empleados públicos pueden recibir capacitaciones destinadas a su futura inserción laboral en el mercado privado, y firmar convenios con empresas dispuestas a contratarlos una vez finalizado su vínculo con el Estado.

III. Contratación estatal

Se ha dicho ya que, en lo concerniente a los contratos que llevan la firma del Estado, se presenta una encrucijada donde solamente es posible tomar una dirección: la del *acuerdo común* entre partes manifestantes de voluntad en igualdad; o la del *unilateralismo* decisor y modificador de condiciones.

La primera opción sitúa al Estado dentro de los márgenes del entendimiento de un contrato propiamente dicho; la segunda opción le concede privilegios o potestades superiores. La primera se condice con la institucionalidad reglada; la segunda propicia mayor discrecionalidad y el riesgo de la arbitrariedad. Por ende, se entiende que la primera es más cercana al Gobierno Limitado, y la segunda es más cercana al estatismo.

En relación al esclarecimiento de tales circunstancias, se hacen necesarias dos medidas: la depuración terminológica-epistemológica que someta a un baño de honestidad a la letra de la ley para no usar la palabra “contrato” en vano; y -si la Administración ha de contratar- la promoción de contratos en igualdad de condiciones.

III.A) Examen terminológico

Esta tarea requiere revisar, modificar y reinterpretar la letra de la ley para subsanar las imprecisiones en los términos utilizados.

Resulta una paradoja no menor el hecho de que el Estado pregone la regulación contractual en el ámbito laboral bajo la excusa de proteger a la parte más débil -trabajador- que luce impotente ante la parte más fuerte -empresas, corporaciones- para que esta última no lo doblegue y le haga firmar condiciones desfavorables; y al mismo tiempo, en el ámbito administrativo, no asuma su aura defensora, y se suba a la escalera del unilateralismo para imponer sus propias condiciones a las contrapartes, que quedan reducidas a un lugar de debilidad y a merced de la voluntad ajena.

El Estado no debe enmascarar los sometimientos a las contrapartes con vocabulario agradable a la institucionalidad. Un paso importante es evitar la engañifa en las propias redacciones legales. Allí donde se hable de contratos administrativos, pero se esté en presencia de un régimen de unilateralismo disfrazado, será preciso instar las modificaciones pertinentes a los fines de que los contratantes no sean engañados o manipulados por el mal uso de las palabras.

Y por supuesto, la tarea no concluye allí -lo que sería equivalente a decir “me estás sometiendo, pero por lo menos me aclaras que lo haces”-. La tarea se completa corrigiendo los marcos legales e instituciones para que no se le concedan privilegios y unilateralismos al Estado.

III.B) Contratos administrativos de voluntad común

El contrato debe obligar al Estado en la misma medida que obliga al particular, sin concesiones especiales bajo la excusa de su presunto carácter de ente destinado al bien común -como si hubiera que pensar prejuiciosamente que el carácter del particular se destina a la mezquindad-.

Una propuesta es la eliminación del régimen exorbitante del Estado. Si este necesita contratar, que lo haga mediante el mismo régimen del Código Civil que emplean los sujetos privados.

Si se trata de un orden jurídico que mantiene la tesitura de reconocer instituciones distintas para involucramientos estatales, aun así, el Estado no ha de gozar de una indebida superioridad. La peculiaridad puede proyectarse en la rama jurídica distinguible en-

cargada de la normativización del contrato: el Derecho Civil regulador de contratos privados; el Derecho Administrativo regulador de contratos donde participa el Estado. Pero más allá de dicha organización jurídica en cuanto al origen y distribución normativa, el Derecho Administrativo no debe concederle privilegios al Estado que no se encuentran en la órbita civil respecto de los privados.

Si tiene que asumir su rol de manera completa, el Derecho Administrativo sabrá que el ámbito administrativista lo es tal no solamente porque estudia y reconoce potestades de la Administración Pública, sino también porque estudia y reconoce derechos de los administrados.

IV. Régimen dominial del Estado

El Estado no debe concebirse como un propietario por el gusto mismo de la propiedad; más bien hay que prestar atención para evitar que se transforme en un *injusto acaparador e interruptor* de la producción y circulación de propiedad privada.

Se efectúan aquí tres sugerencias tendientes a profundizar el tema en seguimiento del camino estatal minimalista: una concerniente a la postulación ideal; otra al momento de la afectación y su posterior mantenimiento; y la tercera a posibles restituciones.

IV.A) Propiedad pública y propiedad privada

En el aspecto filosófico hay un norte, un ideal, hacia el cual propenden las propuestas; y el camino contrario se percibe como el horror del abismo.

Para Ayn Rand, el sistema justo a implementarse en una sociedad es el Capitalismo, donde la propiedad es privada, no por mera conveniencia social, sino por el derecho de los productores: “Cualquier elemento o recurso material que, con el propósito de volverse de uso o valor para los hombres, requiere la aplicación de esfuerzos y conocimiento humano, debería ser de propiedad privada, por el derecho de quienes aplican el conocimiento y su esfuerzo”.²¹³ En el Capitalismo, los individuos son dueños de aquello por lo que trabajan y donde imprimen sus energías, con el correlativo derecho a conservarlo o comercialarlo.

Por oposición, la colectivización de la propiedad conlleva la colectivización de los propietarios, incluidos sus recursos intelectuales: “Cuando clamas por la propiedad

²¹³ Rand, Ayn; *Capitalismo: el ideal desconocido*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2008, p. 157

pública de los medios de producción, estás clamando por la propiedad pública de la mente”.²¹⁴ En tal escenario colectivista, los individuos dejan de ser dueños de su trabajo, dejan de ser dueños de lo producido por implementación de su razón, y, en definitiva, dejan de ser dueños de sus vidas.

La institucionalización de la propiedad privada permite el crecimiento de todos los individuos que aplican su ingenio, destreza y energías productivas a la creación, innovación e intercambio. Con la propiedad pública es al revés: bajo el argumento de un presunto beneficio general, se fortalecen unos a expensas de otros, lo cual no es general sino sectorial. En palabras de Rand: “Dado que “la propiedad pública” es una ficción colectivista, dado que el público como un todo no puede usar ni puede deshacerse de su “propiedad”, esa “propiedad” siempre será comandada por alguna “elite” política; básicamente por una camarilla pequeña que luego regirá al público, un público de proletarios que han sido literalmente desposeídos”.²¹⁵

Por todo lo dicho, el ideal de Estado Mínimo es que no sea un ente acaparador de propiedad pública, sino un *protector de las propiedades privadas*. Camino a tal ideal, mientras el Estado conserva reglamentación de un régimen dominial propio, lo adecuado es controlar sus posesiones, limitar su capacidad de adquisición, y monitorear lo que puede ser restituido a la faz privada.

IV.B) Afectación y mantenimiento

Se ha visto que mediante la afectación el Estado quita del comercio una cosa y le impone potestades decisorias de su destino. También, que el propósito de la afectación es el uso público y no el uso personal de un funcionario. Así las cosas, si el ordenamiento jurídico reconoce tal poder al Estado, el foco debe ponerse en modo estricto sobre el acto de afectar y la justificación de su mantenimiento.

Respecto de bienes todavía fuera del patrimonio estatal, puede obligarse al Estado a establecer plazos razonables no elásticos, no renovables, ya sea en el reglamento del acto administrativo o en la ley que afecte el bien al dominio público, para que cumpla con todo lo necesario a fines de consagrar lo afectado al uso público. Y mediante estudios y

²¹⁴ Rand, Ayn; *El nuevo intelectual*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2009, p. 188

²¹⁵ Rand; *Capitalismo...*; op. cit., p. 165

proyecciones, el Estado deberá explicar el presunto impacto en el bien común de la sociedad, y no dejar que la vaguedad de la expresión “bien común” sirva de aglutinante de deseos imprecisos.

De esta forma, el Estado no podrá afectar sin cumplir con los requisitos a tiempo, y sin antes exhibir su plan de apertura del bien al uso general y las etapas trazadas para su cumplimiento.

En caso de incumplimiento de plazos y/o de la justificación de bienestar general, ello debe tomarse como señal de que no hay urgencia, no hay tanta necesidad de utilidad pública como la alegada, hay inoperancia burocrática, o que la politiquería ha predominado sobre la seriedad jurídica. En cualquier caso, el Estado no está en condiciones de administrar el bien, por ende, debe perder irrevocablemente la posibilidad de afectación.

En relación a bienes que ya integran el dominio público, en base a un monitoreo periódico -de plazos definibles-, debe exigírsele a la Administración la justificación del mantenimiento de las cosas bajo la condición de afectadas. Las circunstancias cambian, y lo que en un tiempo pudo servir al bien común, es posible que ya no lo haga; o bien, lo que se administró razonablemente en una época, puede haber sido relegado luego.

De no presentar la Administración los justificativos correspondientes, o no lograr ante ojos evaluadores objetivos una explicación convincente, se procederá a la subasta o remate de los bienes injustificadamente afectados.

Hay un argumento que puede usarse de dos maneras para que la Administración se excuse de dar explicaciones, y es el que reside en la cantidad de bienes del Estado. Puede pensarse que es imposible que el Estado llegue a tiempo a presentar una rendición de cuentas periódica, o bien que la evaluación será un aliciente para que el Estado “esconda” ciertos bienes.

Pero, bien enfocada, la propuesta persigue exactamente lo contrario: que el Estado sea responsable ante la sociedad por aquello que posee de larga data y por aquello de lo que ha desposeído recientemente a legítimos dueños. Si el Estado no presenta la rendición de cuentas a tiempo, pierde el dominio; si el Estado excluye bienes del monitoreo y tal circunstancia es detectada, pierde el dominio.

Si el Estado es malintencionado, ya de por sí adoptará conductas negativas, y la ausencia de control le allanará el camino; el hecho de que existan las evaluaciones se propone combatir dichas prácticas del Estado y no dejársela fácil.

IV.C) Restituciones

No es lo mismo subastar o rematar bienes al mejor postor que restituirlos a sus antiguos dueños; por lo tanto, este último supuesto merece consideración aparte.

Un tema de extrema delicadeza es el de bienes de dominio público provenientes de un acto de expropiación. Si el Estado no logra cumplir con los requisitos y plazos exigidos para justificar su proceder, pierde el dominio del bien. Mas en este caso, debe considerarse la opción de la restitución del bien a su antiguo propietario. Estos pueden transformarse en acreedores prioritarios.

Otras cuestiones derivadas de tal situación también deben considerarse. Por ejemplo, si el Estado efectivamente desembolsó una suma compensatoria antes de expropiar, el expropietario es acreedor prioritario con derecho a ejercer la opción de recompra, y a su vez deberá restituir una suma como la recibida (o menor, por los perjuicios sufridos debido a una iniciativa fracasada del Estado). Además, se debe controlar que en situaciones como la descrita, no se aproveche el sistema para practicar corrupción y amiguismo entre funcionarios públicos y sector privado, como sería afectar un bien a sabiendas de que no se lo va a conservar, y exigir luego un pago distinto a la compensación inicial, sea menor -lo que favorecerá al propietario- o sea mayor -lo que favorecerá al funcionario, quizás a cambio de que este cumpla otro favor luego-.

V. Infraestructura pública

En temas de infraestructura pública, salta a la vista que los Estados no pueden, no saben o no quieren establecer *mecanismos efectivos de control* para evitar la corrupción, el favoritismo o nepotismo en la construcción de obras, y situaciones de la misma calaña.

Además, se observan *absurdidades* cuando, recaudando mucho, el Estado no ofrece a cambio lo mejor; o reitera acciones por negligencia, inoperancia o favorecimiento.

Lo primero se constata cuando el Estado efectúa anticipos a empresas que no terminan las obras; se sobrefactura para que la empresa haga el “retorno” al funcionario; se pagan coimas; se adjudica de manera directa a una empresa fantasma en vez de abrir un concurso entre empresas competentes; o se inauguran barrios sin cañerías y susceptibles de inundación. Lo segundo se verifica cuando se pavimentan calles que al poco tiempo están rotas y deben repavimentarse; se reparan sin necesidad dos o tres veces las mismas veredas en un corto período de tiempo; se pinta el cordón de la vereda de un color molesto

para la vista y después debe pintarse de nuevo; y demás supuestos afines que implican repetición de obras en primera instancia mal ejecutadas y en segunda instancia corregidas.

Las propuestas en este punto tienen que ver con evitar la corrupción, controlar la agenda de gobierno, y demandar lo mejor disponible de acuerdo al nivel recaudatorio.

V.A) Evitación de corrupción

A fines de evitar sobrefacturación y gastos innecesarios que solventan la corrupción del sector público y la conflagración con los corporativistas mercantilistas del sector privado, deben bloquearse las adjudicaciones directas; demandar justificaciones minuciosas en las selecciones por concurso; prohibir la participación de un adjudicatario en sucesivos llamados durante cierto período de tiempo; y prohibir la participación de asociaciones fantasmas sin historial y creadas al efecto.

Ello debe ir acompañado de un esfuerzo en el ámbito del Derecho Penal respecto de delitos de funcionarios públicos atinentes a malversaciones, derroche de fondos públicos, y perjuicios a la Administración Pública.

V.B) Control de la agenda de Gobierno

Deben aceitarse mecanismos de participación y control en cabeza de la ciudadanía sobre la agenda de Gobierno, tendientes a la reducción de la discrecionalidad y el apego a lo reglado.

No puede ser que un Gobierno planifique sobre la marcha la construcción de ciertas obras, cancele, retome, reinaugure, haga lo mismo varias veces. Allí se va la plata de los contribuyentes, la seriedad jurídica y las obras que la sociedad supuestamente necesita. Así crecen los bolsillos de estatales y proveedores estatales corruptos, y las arcas públicas mal manejadas.

Además de la votación del presupuesto que anualmente debe hacerse en el Congreso, la Administración debe ceñirse a una agenda prefijada de la cual no podrá desviarse excepto en casos bélicos o catastróficos. No puede destinar fondos a otra cosa, no puede reemplazar planes por otros, no puede modificar el orden de prioridades.

V.C) Calidad acorde a la recaudación

Si el Estado se hace cada vez más de impuestos, tasas y contribuciones, lo justo es que ello se vea reflejado en obras y servicios públicos de calidad acorde a lo recaudado. Y aunque no creciera en recaudación, del mismo modo debería siempre ofrecer lo mejor a su alcance.

Un mecanismo de control ciudadano puede establecer un índice que mida lo recaudado, y teniendo en cuenta la agenda del Gobierno en lo relativo a obras y servicios, estudiar las posibilidades de mercado para indicar lo que resulta exigible en proporción al financiamiento. El objetivo es que se acabe el cobro estatal astronómico para recibir a cambio trenes que no funcionan, alumbrado que no ilumina, desagües tapados ante la menor lluvia. El involucramiento radica en que la sociedad misma se entera de lo que podría comprarse/construirse/ofrecerse en relación a los números manejados, y lo demanda de manera vinculante (no elige un adjudicatario directo, sino a los candidatos que están dentro de la franja de lo exigible).

VI. Conclusión

Han sido exhibidas propuestas concernientes a empleados, propiedades, contrataciones, obras y servicios del Estado. Todo ello significa gasto público, de manera que su manejo debe estar siempre acompañado por una férrea disciplina que demuestre respeto por el dinero de los contribuyentes.

Pero más allá del aspecto financiero, la cuestión también significa mejor calidad de vida de los ciudadanos -que las cosas funcionen-; mayor seguridad -que la malicia de un funcionario público no genere desgracias a quienes pagaron y no recibieron nada a cambio-; y confianza en un sistema donde en alguna medida rige la libertad individual -que se vea preservada y no menoscabada-.

Como se ve, las cuestiones de Estado relativas a personal, bienes y funciones, no son meras fórmulas abstractas de un ente abstracto, sino temas de amplísima repercusión práctica en ciudadanos de carne y hueso.

Capítulo 21. En relación a la aplicación práctica – Parte 3: Responsabilidad por daños, vía administrativa, inmigración, corrupción y libertad de expresión

I. Introducción

Este capítulo sirve para agrupar la última serie de propuestas. Se pondrá énfasis, primero, en la acción de Gobierno al tratar la responsabilidad del Estado por daños ocasionados; segundo, en los caminos que tienen los particulares para canalizar reclamos; tercero, en los derechos relativos a la inmigración; cuarto, en las prácticas corruptas que deben evaporarse para el óptimo funcionamiento estatal; y quinto, en la libertad de expresión.

II. Responsabilidad estatal por daños

Lejos de concepciones que sitúan al Estado por encima de la ley o lo rodean de una serie de privilegios normativos por la cual resulta prácticamente imposible adjudicarle algún tipo de responsabilidad, el Estado liberal de Derecho se somete al Derecho.

Es importante destacar que el Estado se encuentra dotado de personalidad jurídica como los otros entes abstractos y personas de existencia ideal cuya constitución se reconoce en el ordenamiento jurídico; que las normas lo obligan, así como también obligan a quienes viven dentro de su jurisdicción; y que es susceptible de responsabilidad por daños tanto en la órbita contractual como extracontractual, donde pesan las previsiones del Derecho Civil y Comercial, el Derecho Común y la Ley de Responsabilidad del Estado, según corresponda en cada sistema jurídico.

Con base en ello, se procede al análisis de situación y propuesta respectiva.

II.A) Normatividad aplicable

La situación argentina en torno a la responsabilidad estatal es narrada por Bollero Hauser y Peralta San Martín. En un primer momento, cuando no existía una previsión normativa específica que aludiera a la responsabilidad, los jueces recurrieron a la Constitución Nacional y la aplicación analógica del Código Civil:

Ante la ausencia de una legislación específica y frente a las demandas entabladas contra el Estado nacional y las provincias con el objeto de obtener de parte de estas un resarcimiento económico, los tribunales en general y la Corte Suprema de Justicia en particular, tomaron como base los principios constitucionales de igualdad ante las cargas públicas, derecho de propiedad y deber de no dañar para poder resolver los litigios llevados a su conocimiento.

Además de la Carta Magna, se aplicaron analógicamente las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad civil, situación que llevó a los civilistas a creer que el régimen de responsabilidad del Estado era un instituto más del derecho privado, razón por la cual los diferentes proyectos de reforma del Código Civil contenían normas específicas que atendían a la responsabilidad civil del Estado. Pero existen temas donde es claro la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente las normas del derecho privado como es el de la responsabilidad lícita porque en tales supuestos el factor de atribución que justifica el deber estatal de indemnizar no es propio de las relaciones entre sujetos particulares ya que radica en la existencia de un sacrificio o daño especial, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Constitución Nacional), que el afectado no está obligado a soportar.²¹⁶

Luego, como resultado de la evolución jurisprudencial y la necesidad de soluciones normativas concretas, surgió la responsabilidad del Estado consagrada por ley:

²¹⁶ Bollero Hauser, Julieta; Peralta San Martín, Larisa; Evolución de la Responsabilidad del Estado en la República Argentina

Link de consulta: [<http://www.saij.gob.ar/julieta-bollero-hauser-evolucion-responsabilidad-estado-republica-argentina-dacf160632-2016-11-24/123456789-0abc-defg2360-61fcanirt-cod?&o=16&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/Derecho%20administrativo/responsabilidad%20del%20Estado%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=199>].

La jurisprudencia fue creando poco a poco los cimientos del instituto de responsabilidad del estado que finalmente resultaron plasmados en la ley 26.944, un claro ejemplo es el artículo 1° de la ley que establece que la responsabilidad del Estado es siempre objetiva y directa, tal como lo venía afirmando la CSJN los precedentes VADELL, FERROCARRIL OESTE y MOSCA, en ellos el máximo tribunal sostuvo que en los supuestos de falta de servicio resulta irrelevante el sujeto actuante y si en su conducta medio culpa o dolo, sino que por el contrario solo interesa saber si el servicio se prestó adecuadamente o no, y en este último caso, el Estado debe responder.

Otro importante precedente jurisprudencial que influyó de forma determinante en la nueva ley de Responsabilidad del Estado es el fallo "Barreto", dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006 y que refleja fundamentalmente el reconocimiento del derecho de provincias a dictar sus propias leyes de responsabilidad, como así también la propia competencia de la CSJN para entender en causas en las que se demanda a una provincia.²¹⁷

Finalmente, se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial -vigente a partir de 2015-, que dejó afuera la responsabilidad estatal, en atención a las autonomías provinciales y las previsiones del Derecho Administrativo local o nacional:

Originariamente el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial contenía en su normativa normas que regulaban la responsabilidad del Estado. Pero a pedido de las Provincias y de los administrativistas se decidió excluir del mismo a la responsabilidad del Estado. Fue así que se sancionaron los artículos 1764, 1765 y 1766 del C.C.y C.

En cuanto a su texto el primero de los artículos contiene la exclusión de las normas del Código, el mismo reza "Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria"; debo hacer mención que el proyecto del Código contenía en este Art. la responsabilidad del estado, misma sería objetiva y por los daños causados por el accionar irregular de sus funciones.

Art. 1764 "La responsabilidad del estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda"; La redacción del anteproyecto contenía en este artículo la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos.

²¹⁷ Ibidem

Art. 1766 "Los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local"; el anteproyecto contenía aquí la regulación de la responsabilidad del estado por accionar lícito. Como consecuencia se puede apreciar que estos artículos sustraen la responsabilidad del estado del Nuevo Código Civil y Comercial y de esta forma queda solo regulada por la ley N° 26.944.

Estas modificaciones se dieron a razón de la nueva concepción tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al concepto de causa Civil. En los fallos "Barreto Alberto Damián c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios" y "Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra s/ Daños y Perjuicios", la corte cede su competencia originaria al entender que se trata de una cuestión de derecho administrativo local o nacional y como consecuencia resulta totalmente inaplicables las normas del C.C. La Corte entendió que cuando se demanda al estado nacional o provincial y esté en juego la aplicación de la aplicación de normas de derecho público o derecho privado esta competencia corresponde a los tribunales ordinarios.²¹⁸

En lo concerniente a la responsabilidad objetiva del Estado, tomando como parámetro una omisión de ejercicio de funciones, apunta Perrino:

La falta de servicio suscita una responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquélla se configure. La culpa o dolo del empleado o funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema o del aparato administrativo. Ello es lógico porque, como ha señalado Paillet, "tratándose de una falta imputada a una persona moral, el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica de su autor". Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa "un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva".

²¹⁸ Ibidem

En consecuencia, podemos decir que, como afirma la doctrina francesa, la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, ya que no es preciso individualizar a su autor.

Debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. En efecto, la responsabilidad por falta exige efectuar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados.

Se trata de una valoración de elementos objetivos, tales como la naturaleza de la actividad y del vínculo que une a la víctima con una autoridad administrativa, los medios disponibles, las posibilidades de prever el incidente, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

De tal modo, para dar lugar al pago de una indemnización por falta de servicio no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal, sino el anormal o irregular funcionamiento de la Administración. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar.²¹⁹

Amén de lo fallado, legislado y argumentado, pueden efectuarse ciertas observaciones desde el enfoque de la pertinencia normativa.

II.B) Propuesta desde la pertinencia normativa

Lo fundamental en una propuesta concerniente a la responsabilidad estatal en el marco de un Estado de Derecho es que el foco no se sitúe en la consideración del sujeto responsable, sino en las normas que regulan la responsabilidad. Lo primero puede influir indebidamente en reconocimientos especiales para el Estado por su alegada función de bien común -cuando en rigor, de significar algo, debería apuntar a mayor y no menor responsabilidad-; lo segundo tiende a igualar ante la ley y equilibrar las relaciones jurídicas.

²¹⁹ Perrino, Pablo Esteban; La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia, La Ley 24/08/2011, 1; La Ley 2011-E, 715

Link de consulta: [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_responsabilidad_del_Estado_por_la_omision_del_ejercicio_de_sus_funciones_de_vigilancia_.pdf].

A su vez, dicha normativa tiene por base la responsabilidad objetiva, que obliga al Estado a reparar los perjuicios ocasionados independientemente de la actitud psicológica de los funcionarios cuya acción u omisión provocó la consecuencia indeseable.

Dos caras de una misma propuesta deben contemplarse en este punto: la responsabilidad del Estado, y lo que corresponde a su personal actuante. Así como una persona jurídica que comete un daño debe responder, la persona pública Estado debe responder; y así como los particulares son susceptibles de sanción por sus malos obrares en el ámbito del Derecho Privado, la responsabilidad objetiva e impersonal del Estado de cara al administrado no debe relegar el procedimiento administrativo sancionatorio aparte hacia quien actúa de manera inadecuada y le cuesta dinero al Estado. Precisamente por ser un ente financiado por todos, las reparaciones que implican erogaciones afectan a todos; por ende, el proceder ante equivocaciones y malicias del personal actuante no puede quedar sujeto a mera discrecionalidad de la autoridad administrativa, sino que normativa debe exigir y obligar a aplicar ciertas pautas que disuadan las inconductas.

En resumidas cuentas, el Estado debe ser responsable por los daños que ocasione; su función de bien común no puede influir en su favor, sino que debe resultar irrelevante en la consideración o a lo sumo agravante de responsabilidad según se interprete el caso de acuerdo a las normas; la responsabilidad debe ser objetiva ya que en lo concerniente a la reparación del afectado interesa el incumplimiento de los deberes a cargo del Estado y no la intención subjetiva del funcionario actuante; y más allá de la reparación del perjuicio, no debe olvidarse la contemplación de las acciones que correspondan para que la inconducta de los empleados estatales no les resulte gratuita.

En tal sentido, ni las leyes de responsabilidad estatal ni los Códigos de fondo y procedimentales deben consagrar normativa que tienda a considerar al Estado como un ente especial merecedor de privilegios, plazos más largos, dilataciones de informes, exenciones probatorias, o artilugios de similar estilo.

III. Vía administrativa

El Estado liberal es conteste con la afirmación y no pauperización de los caminos de reclamos por derechos e intereses de los administrados. Hacia allí apuntan sus optimizaciones. Ahora es el turno de proyectarlas a los reclamos por la vía administrativa y la consideración de su obligatoriedad.

III.A) Recursos disponibles

Los particulares cuentan con medios para canalizar los reclamos ante la Administración. Se procede a continuación a enumerar algunos de ellos de acuerdo a la normativa imperante en sistemas jurídicos de referencia.

Recurso de reconsideración es el que se presenta ante la misma autoridad que dicta el acto cuestionado en su legitimidad u oportunidad, que puede ser definitivo o de mero trámite, para petitionar por su revisión. En caso de mantener una respuesta negativa al reclamo del particular, la autoridad deberá elevar el pedido a su superior para que el reclamo sea nuevamente revisado, esta vez por una autoridad jerárquicamente mayor.

Recurso jerárquico es el que se presenta ante la autoridad dictante de un acto del cual se alega que afecta derechos subjetivos o intereses legítimos cuando ha resuelto sobre el fondo de la cuestión o impide la continuación del trámite, sin necesidad de pedir previamente la reconsideración, y cuyo reclamo deberá ser elevado al superior jerárquico para su entendimiento y resolución.

Recurso de alzada se interpone contra actos administrativos dictados por entes autárquicos, descentralizados, o empresas estatales, cuando estos son definitivos o asimilables a definitivos.

Recurso de revisión se interpone contra actos administrativos firmes por contradicciones en su contenido; aparición de nueva evidencia no conocida al momento de su dictado; fundamento para su dictado en documentos cuya falsedad no se conocía o fue declarada posteriormente; o vicio en su dictado por violencia, cohecho, prevaricato u otras irregularidades.

Recurso de aclaratoria procede cuando existe una contradicción en la parte dispositiva del acto, o bien entre la parte dispositiva y la motivación, para que se subsanen errores materiales, se corrijan omisiones, o se arroje luz sobre conceptos oscuros, cuando ello no implique modificaciones esenciales.

Reclamación se hace al petitionar a la Administración para que revoque o modifique actos a efectos de defender derechos subjetivos o intereses legítimos.

Y para los casos en que la Administración se mantiene en silencio o deja transcurrir los plazos legales manteniéndose inactiva, el particular administrado cuenta con el *reclamo de queja* y el *amparo por mora de la Administración*, el primero en sede administrativa y el segundo por vía judicial.

Lo importante, más allá de una aparente batería de recursos y herramientas para que el administrado reclame, es que su tramitación, más el derecho a obtener resoluciones

fundadas y en tiempos razonables, sean cuestiones dignas de respeto por la Administración, y no molestias o rivalidades a ser descartadas.

III.B) Eliminación de la obligatoriedad de la vía administrativa y adaptación a las necesidades procedimentales de los administrados

Como alternativa a los sistemas que prefieren conservar una vía administrativa en tanto remedio procesal que evita la congestión judicial y la parálisis administrativa, se esgrime la propuesta de eliminar su obligatoriedad y tornarla optativa. Es el particular quien, evaluando derechos, posibilidades y conveniencia, elegirá su camino a seguir. Así quedan contempladas las posiciones de Administración y administrado: la primera podrá resolver en su fuero lo que corresponda y evitar la judicialización de sus iniciativas; y el segundo podrá optar por el fuero donde quiera presentar y discutir derechos e intereses.

Además de la eliminación de la obligatoriedad de la vía administrativa, se requiere su adaptación, para que su existencia canalice correctamente los reclamos de los administrados. Ya se postuló, en el capítulo respectivo, el enfoque colaborativo y no confrontativo que puede permear la sede administrativa. ¿Qué propuestas pueden traducirlo e insertarlo en el sistema?

Es preciso eliminar los plazos extensos y desiguales de los que goza la Administración; eliminar cualquier vestigio por el cual la Administración se vea obligada a recurrir una primera resolución favorable al particular; interpretar todo recurso como una exigencia de “pronto despacho” porque se requieren soluciones y se requieren con celeridad; entender el silencio de la Administración siempre en modo favorable a la pretensión del administrado; procurar que el reclamo particular no enfrente cortapisas y estorbos, sino predisposición para efectiva resolución; simplificar los esquemas de acceso a la vía administrativa en cuanto a lugares, herramientas y asesoramiento; y mantener el principio de informalismo en favor del administrado para que defectos formales no lo dejen sin justicia, y cuestiones a cumplir puedan ser subsanadas mientras avanzan los pedidos.

IV. Inmigración

Los temas atinentes a movilizaciones transnacionales y transfronterizas de población humana resultan de inesquivable abordaje en la era del mundo globalizado.

En este apartado, la lupa se pone sobre el enfoque cultural migratorio, y su aplicabilidad en la normativa legal.

IV.A) Crisol de culturas y multiculturalismo

En el ámbito de la Sociología y Ciencias Políticas existen diversas expresiones que refieren a la convivencia y conformación de sociedades por parte de personas provenientes de distintos orígenes culturales.

El *crisol de culturas*²²⁰ se verifica en “una sociedad heterogénea que se vuelve más homogénea con los diferentes elementos "fundiéndose" en un todo armonioso con una cultura común”.²²¹

Ahora bien, no siempre ha habido consenso alrededor de las implicancias de tal concepción: “Algunos han argumentado que el "crisol" requiere que las personas se asimilen y pierdan su identidad cultural, mientras que otros ven al crisol como un lugar donde personas de diferentes tradiciones culturales se unen y forman un nuevo país, agregando cada tradición nuevas especias al caldo. Esta última visión se acerca más a la idea de integración, un proceso bidireccional entre la sociedad y la aculturación”.²²²

Debido a los significados que atentan contra la preservación de las diferencias culturales, el concepto de crisol “suele ser cuestionado (...). Una metáfora alternativa, por lo tanto, es la ensaladera o el mosaico, que describe cómo se mezclan las diferentes culturas, pero siguen siendo distintas”.²²³

Más allá de las disquisiciones de expertos sobre la adecuación terminológica, tómese por esta vez el crisol en un sentido positivo, de enriquecimiento de la cultura de un país a través de distintos aportes que suman a lo común sin fusionarse en renuncia del propio origen.

Los países erigidos como crisol se beneficiaron extraordinariamente de la pluralidad. Estados Unidos de América creció gracias a la importación de instituciones jurídico-políticas anglosajonas y la ética del trabajo. Los protestantes europeos siguieron siendo protestantes, y colaboraron en la forja de la nación norteamericana. Argentina creció con la importación de mano de obra y expresión artística. Los italianos y españoles siguieron

²²⁰ Expresión otrora conocida como “crisol de razas”, luego adaptada a una terminología acorde a los tiempos y las premisas científicas. El concepto se tomó del título en inglés *The melting pot*, obra del dramaturgo Israel Zangwill que describe la emigración de un judío ruso a Estados Unidos de América, a la espera de vivir en una sociedad sin odio al distinto.

²²¹ ¿Qué es exactamente un crisol?

Link de consulta: [<https://www.greelane.com/es/ciencia-tecnolog%c3%ada-matem%c3%a1ti-cas/ciencias-sociales/melting-pot-definition-3026408/>].

²²² Excerpt from the play "The Melting Pot" - Re-imagining Migration

Link de consulta: [<https://reimaginingmigration.org/excerpt-from-the-play-the-melting-pot/>].

²²³ ¿Qué es exactamente...?; op. cit.

venerando a su Madre Patria, y colaboraron con la forja de la nación argentina. Israel creció con la importación de intelectualidad y tecnología. Los judíos siguieron siendo judíos askenazíes y sefaradíes, y colaboraron con la forja de la nación israelí.

Los tres países abrieron sus brazos a la inmigración, y constituyeron modelos de crisol exitosos (no perfectos) en la integración bajo una identidad común y la preservación de lo peculiar.

Ahora bien, aparte del crisol de culturas, en Sociología y Ciencias Políticas también se barajan distintos significados para otro enfoque: el *multiculturalismo*. Una manera de entenderlo es concebir la existencia de culturas diferentes en un mismo país, jurisdicción o espacio geográfico, sin que necesariamente se integren o busquen la convivencia. A ello puede agregársele que, más allá de la falta o la deficiencia de integración, se percibe como valioso el respeto intrínseco que merece cada cultura y la aceptación de conservación de todas sus tradiciones.

Países europeos que han adoptado el enfoque multicultural han fracasado en términos sociales, jurídicos y políticos. Los inmigrantes -cuyos hijos y nietos ya son nacionales del Estado de acogida- no han respetado a la población local, sino que la han agredido intentando imponer sus propias creencias foráneas. No han querido integrarse, sino recortar parcelas de jurisdicción y soberanía para imponer sus propias leyes y religión. Y funcionarios asediados por la conflictividad, asustados por lo electoral, y entregados a la corrección política, no han hecho respetar la ley, sino que han efectuado concesiones en ánimos de apaciguamiento demostrando que son “respetuosos y tolerantes”.

Francia, Inglaterra y Suecia sufren falta de poder en zonas donde musulmanes han erigido un orden jurídico paralelo y aplican la *sharía* (ley religiosa islámica). Sus ciudadanos judíos han sido víctimas de ataques y atentados islamistas en instituciones comunitarias y en la vía pública. Y políticos supuestamente garantes del orden público, lejos de rechazar y reprimir, han buscado la manera cautelosa de no ofender a la religión o la cultura de donde provienen los atacantes (como si no se pudiera hacer una cosa sin la otra).

Modelos multiculturales de tal estilo corroen las bases de la identidad nacional y tradicional que resulta común a la población local; transforman una invitación a la integración en luz verde para violentar la institucionalidad; confunden el respeto y la tolerancia con una carta de suicidio; y propugnan la preservación de lo propio de las minorías nada más que como eufemismo para ocultar la imposición de la violencia y la intolerancia a lo distinto que practican dichas minorías.

A la larga, si los islamistas toman el poder y desplazan de las instituciones a su oposición, los franceses dejarán de ser franceses, los ingleses dejarán de ser ingleses, y los suecos dejarán de ser suecos, y quedarán literalmente reducidos a cenizas en el peor de los casos o a ciudadanos de segunda clase tributarios del Califato en el mejor de los casos.

Por todo lo antedicho, el enfoque que se propugna para abordar cuestiones de inmigración es el de crisol de culturas.

IV.B) Normativa legal

La propuesta para concebir y mejorar la normativa legal se enarbola a partir de una premisa y un contexto.

La *premis*a favorece la inmigración. La sociedad libre y abierta promueve la *integración* al mundo si así lo desea, y recibe inmigrantes como espera que sus migrantes sean recibidos en otros lares con respeto y amabilidad.

El *contexto* ubica la realización de tal premisa para que no sea una mera abstracción flotante. En una sociedad cerrada, el intercambio con el exterior está mal visto (excepto si es fuerza laboral esclava o beneficios para la clase gobernante). El Derecho Liberal rechaza esta *antiglobalización* de cuajo. Pero cuidado con una opción contraria que es la política de *fronteras abiertas*. Si el mundo estuviera dividido en parcelas de propiedad privada, el tema se resolvería de acuerdo a los derechos individuales, atendiendo a la gente que dejan o no dejan entrar a sus tierras los propietarios. En un mundo con fronteras y límites nacionales, soberanías y tierras públicas, aparecen ciertas precauciones porque las decisiones se toman por representantes que supuestamente velan por intereses generales. Y allí es dable exigir que los guardianes velen por la protección del país. Fronteras abiertas mandan invitación a células terroristas a que se instalen en territorio nacional para operar cómodamente desde adentro en vez de ser rechazados afuera.

Conjugando premisa y contexto, se favorece la inmigración, pero no cualquier inmigración, sino la de aquellas personas que no impliquen hostilidad para el país receptor y no militen su destrucción. Autorizaciones, visados, nacionalizaciones, todo ello debe ejecutarse en preservación del interés nacional -en este contexto, significado alusivo a que la seguridad ciudadana no sea puesta en jaque-.

Respecto de inmigrantes de buena fe, honestos, laboriosos, productivos, la Administración debe procurar facilitarles las cosas en cuanto a trámites y burocracia, idioma y

traducciones, información y asesoramiento. Los inmigrantes pasan a ser administrados, y merecen que se los trate con el mismo respeto y decoro que los nativos.

En cuanto a la detección de residentes venidos para ejecutar tareas hostiles y cometer delitos, amén del cumplimiento de eventuales condenas judiciales, se favorece lisa y llanamente su expulsión.

Al respecto, en Argentina se ha utilizado la institución del *extrañamiento*, que brinda la posibilidad de expulsar a un ciudadano extranjero condenado:

La ley de Migraciones N° 25.871 estipula que aquellos/as ciudadanos/as extranjeros/as condenados/as por cualquier delito en la Argentina pueden ser expulsados cuando alcanzan el cumplimiento de la mitad de la condena impuesta y no cuentan con otros procesos judiciales abiertos. La ejecución del extrañamiento de esa persona dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el tribunal competente.

En este sentido, debe aclararse que el extrañamiento no es propiamente un derecho del extranjero sino la concreción de la política migratoria argentina. El derecho que posee el ciudadano extranjero es a acceder a las vías recursivas disponibles, en caso de no desear ser expulsado.

El entendido “beneficio” aparece al transformarse el cumplimiento de la pena de prisión en una externación carcelaria, que no puede ser entendida sin la prohibición de reingreso que la acompaña, y esto no constituye un beneficio.

Eventualmente, el ciudadano extranjero puede allanarse a la orden de expulsión, pero no es expulsado porque es su voluntad sino porque así lo dispuso previamente la Dirección Nacional de Migraciones.²²⁴

Lo que sí, en caso de aplicarse esta institución, las normas deben demandar una ejecución criteriosa. Por más que el condenado se vaya con una prohibición de nuevo ingreso, se sabe que los delincuentes no viven de acuerdo a la ley, por lo que puede llegar a intentar ingresar de nuevo. ¿Es conveniente expulsarlo cuando ha cumplido solamente un tramo de la pena? ¿O conviene mantenerlo encerrado durante más tiempo hasta el

²²⁴ Los derechos de los extranjeros en el sistema penal argentino; Dirección General de Cooperación Regional e Internacional, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, República Argentina, 2017, p. 11

Link de consulta: [https://www.mpf.gob.ar/cooperacion-ai/files/2017/10/Derechos_extranjeros.pdf].

cumplimiento efectivo de la totalidad de la pena, y luego sacárselo de encima, con prohibición de ingreso y efectivas medidas preventivas para que se cumpla? Caso de estudio para que la discrecionalidad estatal no derrape en arbitrariedad poniendo en riesgo la seguridad ciudadana.

V. Corrupción

La corrupción es un síntoma, tanto del mal funcionamiento institucional del Estado, como de la llegada al poder de gente que no lo merece y no debería estar allí.

Su combate es indispensable para evitar que las arcas públicas sean fraudulentamente vaciadas, el dinero del contribuyente desviado, y la credibilidad política sepultada. Y es así que un tema de tanta importancia amerita la consideración seria de propuestas serias.

Desde España, Concepción Campos Acuña presenta 10 propuestas para mejorar la prevención y la lucha contra el mal de la corrupción.

Primero, regular el papel de los *lobbies* -para que participen de manera formal y no informal, y sus intereses particulares no se sitúen sobre el interés general-.

Segundo, aprobar un estatuto de protección al denunciante de buena fe -del cual existen ejemplos autonómicos, pero no a nivel nacional-.

Tercero, establecer un régimen sancionador -que penalice incumplimientos de obligaciones respecto de transparencia y buen gobierno-.

Cuarto, alinear los órganos de control -a fines de “garantizar su coordinación y eficacia en su actuación” y a su vez “dotarlos de potestad sancionadora y de medios personales y materiales suficientes y adecuados para poder ejercer su función”.

Quinto, promover el Gobierno abierto -que la ciudadanía participe y colabore con las políticas públicas, y brinde su visión para definir objetivos y ejecutar políticas, mejorando así la rendición de cuentas-.

Sexto, reconocer el carácter fundamental al derecho de acceso a la información -situándolo al máximo nivel regulatorio-.

Séptimo, deslindar el ámbito de Administración del ámbito de Gobierno – porque su fusión o confusión desnudan la “captura de puestos de perfil técnico por consignas políticas, las debilidades del nivel de nombramiento de determinados puestos, el control partidista de algunos órganos y la politización de áreas de gestión técnica”, prácticas que “contaminan el servicio público, cambiando las prioridades de defensa del interés general

por intereses ajenos al bien común”; y por ello es imperioso contar con mecanismos que “garanticen la independencia e imparcialidad de los empleados públicos, y que eviten que puedan situarse en el punto de mira de objetivos políticos”.

Octavo, incorporar el *big data* y la IA (Inteligencia Artificial) -para que las nuevas tecnologías de información y comunicación, y los datos abiertos, ayuden a evitar la comisión de irregularidades-.

Noveno, nombramiento de Presidencia del Consejo de Transparencia -al momento de redactar las propuestas, tal puesto se encontraba vacante, dejando a la luz “importantes resistencias de la propia administración a cumplir su normativa”; y dicho nombramiento contribuiría a ejecutar un “proyecto estable”-.

Décimo, informar y reforzar el papel de la ciudadanía -esto es, “fomentar e impulsar el conocimiento de los derechos de los que disponen, facilitar las herramientas para su ejercicio y que comprendan su utilidad real para la mejora del servicio público”, lo cual contribuye a cambiar el mensaje de que “lo público no es de nadie” por el mensaje de que “lo público es de todos”-.²²⁵

A su vez, el *Reporte de Economía y Desarrollo (RED) 2019* sobre “Integridad en las políticas públicas”, elaborado por el Banco de Desarrollo de América Latina y el Grupo Faro, señalan las siguientes claves en materia de prevención de la corrupción:

1. Adoptar **protocolos y fórmulas de decisión** basadas en criterios objetivos.
2. **Fortalecer los sistemas de auditoría** y las capacidades investigación y administración de justicia.
3. Promover **sistemas electorales** competitivos y transparentes.
4. **Profesionalizar el servicio civil** y basar el ingreso a la función pública en el mérito.
5. Mejorar los sistemas de generación y **difusión de información** sobre el accionar del Estado y los funcionarios.
6. Empoderar a los ciudadanos y fomentar **actitudes más vigilantes**.
7. Garantizar el **funcionamiento de canales de reclamo y denuncia**, y aprovechar las oportunidades que brinda la tecnología para crear nuevos espacios.

²²⁵ 10 propuestas para mejorar la prevención y la lucha contra la corrupción; Concepción Campos Acuña
Link de consulta: [<https://concepcioncampos.org/9n-10-propuestas-para-mejorar-la-lucha-contra-la-corrupcion/>].

8. Reforzar institucionalidad para evitar el pago y ofrecimiento de sobornos por parte de particulares e incentivar la adopción de **programas de cumplimiento** al interior de las empresas.
9. Invertir en una **mejor regulación** de las actividades de cabildeo, en la identificación y gestión de conflictos de interés.
10. Mejorar los procesos de decisión en actividades especialmente vulnerables, como la provisión de infraestructura pública.²²⁶

Por su lado, Transparencia Internacional España sostiene que es urgente avanzar en medidas de combate y prevención de la corrupción, algunas de las cuales son las siguientes: “Promover la *despolitización* de los órganos constitucionales y disminuir de forma significativa el excesivo poder de los Partidos políticos en relación con la sociedad y los ciudadanos”; “Prohibición legal de la posibilidad de conceder *indultos por corrupción*. Es importante que los eventuales corruptos sepan que no van a tener ninguna posibilidad futura de una condonación legal de sus delitos (...)”; “Disminución sensible del clientelismo político, disminuyéndose a tal efecto la enorme cantidad de *cargos de libre designación* (...)”; “Eliminación del discrecional y poco transparente *sistema de libre designación* de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, pasando a basarse su designación en los principios de publicidad, mérito y capacidad, para evitar que sean elegidos por los propios Cargos electos a los que van a controlar”.²²⁷

Haciéndose eco de las ideas citadas, las propuestas del presente capítulo giran en torno a tres ejes: fortalecimiento de la rendición de cuentas, reconocimiento al control ciudadano, y reconsideración de instituciones administrativas preexistentes.

V.A) Fortalecimiento de la rendición de cuentas

En relación al tema de marras, Valencia Tello y Karam de Chueiri explican:

²²⁶ Acciones para impulsar la integridad, la transparencia y la lucha contra la corrupción; CAF – Banco de Desarrollo de América Latina

Link de consulta: [<https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2020/03/acciones-para-impulsar-la-integridad-la-transparencia-y-la-lucha-contra-la-corrupcion/>].

²²⁷ Llamamiento de Transparencia Internacional España en el Día Internacional contra la Corrupción

Link de consulta: [<https://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion-2/>].

En el mundo anglosajón se utiliza el término *accountability* para referirse a esa preocupación constante sobre las limitaciones y restricciones al poder, utilizando controles y contrapesos dentro de los ordenamientos jurídicos para impedir que el poder esté concentrado o fuera de supervisión por parte de la mayoría. El concepto político de *accountability* no tiene una traducción específica en español y por ello, a veces se traduce como control, rendición de cuentas o fiscalización.²²⁸

Dos tipos de controles se realizan sobre la gestión pública: *interno* y *externo*. El primero “permite a la entidad verificar el cumplimiento de las normas aplicables y la realización de objetivos previamente propuestos en los diversos equipos de trabajo”, y sirve como “forma de autolimitación, auto-gestión y auto-control, con la finalidad de dar coherencia y previsibilidad a las diferentes actividades que se desarrollan día a día”. Por su parte, el segundo “es un control realizado por una entidad competente del más alto nivel de gobierno para verificar el cumplimiento de normas y objetivos, al velar por el buen manejo de los recursos públicos y el cumplimiento de la misión institucional por parte de otras entidades públicas”.²²⁹

En relación a lo antedicho, la propuesta tiene como propósito lograr la desconcentración, verificación y supervisión del ejercicio del poder administrativo; y como medio procedimental la realización de los controles interno y externo. El control interno para que funcione como contrastación entre lo fijado y lo conseguido por los órganos administrativos, evaluando desde el propio ámbito de ejecución el apego a la normativa, cumplimiento de plazos, utilización presupuestaria, y nivel de éxito. El control externo para que el ente bajo fiscalización no sea en todo momento juez y parte, sino que se someta al escrutinio y estándares de funcionamiento de otro ente con potestades de demandar rectificaciones y aplicar sanciones de ser necesario -o derivar las actuaciones a quien sí lo haga-.

Las instituciones que usualmente cumplen funciones de control son Tribunales de Cuentas, contralorías, contadurías y auditorías. Más allá del formato que se elija para

²²⁸ Valencia Tello, Diana Carolina; Karam de Chueiri, Vera; *Accountability*, rendición de cuentas y controles a la administración. ¿Cómo funcionan en Argentina según el ordenamiento jurídico vigente?, *Opinión Jurídica*, 15 (29), Universidad de Medellín, 2016, p. 165-185.

Link de consulta: [<https://www.redalyc.org/journal/945/94545771009/html/>].

²²⁹ *Ibidem*

efectivizar las verificaciones, dos puntos no pueden quedar afuera del esquema institucional de la rendición de cuentas, referidos a la constitución de los organismos y a su capacidad para cumplir objetivos respectivamente.

Lo primero tiene que ver con el mantenimiento de un perfil técnico, autonomía en la actuación, y el alejamiento de las arbitrariedades e influencias políticas. La dependencia administrativa no puede ser una unidad básica militante del partidismo oficialista -u opositor en su caso-. El criterio de trabajo no ha de ser el sentimiento de pertenencia a la tribu; más bien el compromiso asumido con la objetividad e imparcialidad.

Lo segundo alude al poder para hacer cumplir determinaciones. Un esquema donde se reconocen facultades de revisión y meras recomendaciones, pero no existen herramientas para ordenar correcciones y un régimen sancionatorio contra las actuaciones desviadas de la norma, resulta impotente. En dicho escenario las instituciones podrán dictaminar, aconsejar, sugerir; pero no podrán hacer cumplir, y dependerán en última instancia de la buena voluntad del revisado.

Prevenir y combatir la corrupción exige activismo, capacidad decisoria y propósitos realizables; no eslóganes vacíos y mecanismos impotentes.

V.B) Reconocimiento al control ciudadano

Los controles mencionados *ut supra*, si bien ejecutados como corresponde pueden servir a la encomendada tarea preventiva de la corrupción, no dejan de ser *controles administrativos a la Administración* -a grandes rasgos, *controles estatales al Estado*-. Incluso en el control externo donde el órgano administrativo no es juez y parte, la unificación de ambos roles sigue existiendo en el Estado, ya que es controlado y controlador a la vez.

Por lo tanto, para que haya un definitivo control externo a la acción de Gobierno, y no solamente dependencias estatales “pasándose la pelota”, es menester la *participación ciudadana*. Esta puede aportar una verdadera fiscalización del aparato burocrático desde afuera.

Mucho se ha hablado de estimular el control ciudadano sobre el manejo de lo público, a través de la facilitación del acceso a la información, la presentación de proyectos, la rendición de cuentas del funcionario de cara a la sociedad, e iniciativas similares. Pero cuando se observan detenidamente dichas propuestas -encomiables, por cierto-, no

se deja de notar que todas dependen del Estado, ya sea de buenos gestos de la clase política, habilitaciones de canales oficiales para llevarlas a cabo, o la inserción de un grupo de la sociedad civil en el esquema estatal. De una forma u otra, el Estado termina haciéndose un lugar, formando parte o ejerciendo influencia sobre su propio control. Lo externo ya no se percibe como completamente externo, sino que queda entremezclado con lo interno, y se vuelve un *control fronterizo entre sociedad civil y Administración*.

Ahora bien, nótese la existencia de organizaciones no gubernamentales (ONG), asociaciones civiles, fundaciones y agrupaciones empresariales que, sin formar parte de la estructura oficial -aunque sus constituciones y estatutos jugaren según las reglas de la ley estatal-, lograron imprimir cambios en el devenir del sector público.

Como ejemplo particular, recuérdese *Argentina Debate*. Esta iniciativa “impulsada por un grupo de jóvenes empresarios que comparten valores y su compromiso con el bien común, y CIPPEC, una organización independiente y apartidaria que trabaja para mejorar la calidad del debate público”, cuyo objetivo residió en la promoción de “la cultura del diálogo en la sociedad, aprendiendo de las mejores prácticas, compartiendo visiones sobre diagnósticos y posibles acciones, y contribuyendo a identificar cuál es la agenda estratégica de desarrollo que oriente las discusiones y futuras decisiones del sistema político”,²³⁰ logró por primera vez en la historia que, en el año 2015, los candidatos a Presidente de la Nación de Argentina participaran de un debate público televisado para todo el país.

Ciertamente no se trató de una acción fiscalizadora de las arcas estatales, ni vinculante con la presentación de declaraciones juradas, ni promotora de investigaciones sobre desvíos de fondos. Su naturaleza era distinta: cultivar el diálogo político y el intercambio de ideas, y que las propuestas electorales se dieran a conocer ante los ojos de la sociedad en el formato de debate. Y ello terminó impactando en la exposición de los candidatos partidarios, y la exigencia social de informarse acerca de sus planes.

De hecho, la repercusión del primer *Argentina Debate* condujo a la legalización del mismo. La Ley 27.337 de 2016 modificó el Código Electoral Nacional (Ley 19.945) introduciendo el Debate Presidencial Obligatorio. Desde ese momento, el hecho de que los candidatos a la Presidencia debatan ya no reside en la buena predisposición de los mismos. La obligatoriedad tiene por finalidad “dar a conocer y debatir ante el electorado las plataformas electorales de los partidos, frentes o agrupaciones políticas”; “comprende

²³⁰ Sobre *Argentina Debate*

Link de consulta: [<http://www.argentinadebate.org/acerca-de/>].

a todos los candidatos cuyas agrupaciones políticas superen el piso de votos establecido para las elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias”; y los obligados que “no cumplan con dicha obligación serán sancionados con el no otorgamiento de espacios de publicidad audiovisual” que serán repartidos equitativamente entre los demás participantes. En cuestiones de reglamentación del debate, la Cámara Nacional Electoral, que deberá contar con asesoramiento de organizaciones del ámbito académico y de la sociedad civil “comprometidas con la promoción de los valores democráticos, convocará a los candidatos o representantes de las organizaciones políticas participantes, a una audiencia destinada a acordar el reglamento de realización de los debates, los moderadores de los mismos y los temas a abordar en cada uno de ellos. En todos los casos, a falta de acuerdo entre las partes, la decisión recaerá en la Cámara Nacional Electoral”.²³¹

Entonces, a partir de la iniciativa *Argentina Debate* se realizó la primera edición del debate presidencial, y luego, a partir de la ley modificatoria, el debate quedó oficialmente introducido en la cultura legal y política. Repárese en que, luego del impulso privado de llevar los candidatos a los atriles, el debate ya tiene una autoridad de aplicación que es la Cámara Nacional Electoral. Si la sociedad se desentiende del debate, este quedará en manos exclusivas del Estado, y las organizaciones “comprometidas con la democracia” citadas para asesorar podrán ser nichos militantes de nula representatividad.

Retómese estrictamente el tema de la participación ciudadana en el control estatal con fines de combate a la corrupción. El desafío es lograr una plataforma institucional civil, un mecanismo comunitario, donde prime la impregnación de la objetividad y la transparencia, junto a las notas de lo apolítico y apartidario, que controle al Estado sin ser parte del Estado, que vigile a la Administración por fuera de la Administración, y que no termine funcionando como apéndice de aquello que pretende vigilar. Y si la iniciativa es exitosa; y por honestidad, conveniencia o puesta en escena, el Estado decide hacerla parte en su red legal; de igual manera ha de mantenerse una plataforma en manos privadas para continuar con la tarea de manera independiente.

Piénsese, a modo de ejercicio intelectual, en una *Liga Anticorrupción* formada exclusivamente por no estatales, que exhorte públicamente a la transparencia; exija conocer por vías legítimas declaraciones juradas patrimoniales y estado de fondos públicos; y

²³¹ Código Electoral Nacional

Link de consulta: [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19442/te-xact.htm>].

tenga el peso suficiente para que Fiscales se hagan eco de sus reclamos al punto de iniciar investigaciones de oficio.

Luego váyase un paso más allá y evóquese un ente civil no estatal que funcione como un verdadero contrapoder, con capacidad de sancionar e inhabilitar para cargos públicos a sentenciados por corrupción que incluso así busquen apañarse en el Estado, aunque más no sea según sus propias reglas civiles -con alcance vinculante a definir-. Sería una estructura paralela, no enemiga -como partidarios del caos- pero sí vigilante de la actuación estatal; no de carácter armado clandestino o militar -como grupos terroristas y potencias beligerantes- pero sí con una organización civil lo suficientemente capaz de hacerle frente a la corrupción refugiada en la Administración Pública.

Es mucho el pensamiento que puede dispensársele a tales formulaciones, en aras de lograr un efecto disruptivo que termine con la sensación de impunidad que detentan los corruptos.

V.C) Reconsideración de instituciones administrativas preexistentes

Ciertas instituciones con el alegado objeto de combatir y prevenir la corrupción ya se vienen utilizando en Administraciones Públicas, pero los resultados obtenidos no son los esperados por el administrado (aunque quizá sean los esperados por los administradores). Y esto es así porque, a pesar de contar con una existencia formal, distan de ser eficaces en la práctica, y se reducen a meras pantallas indicativas de que se hace algo respecto de la corrupción cuando en rigor de verdad se la esconde y hasta protege.

Un caso emblemático es el de las Oficinas Anticorrupción que funcionan en países con extenso prontuario como Argentina. Si uno revisa sus cartas de presentación y agenda, se encontrará con rimbombantes declaraciones y objetivos como elaboración de políticas en pro de la transparencia, vigilancia de la ética pública, investigación y sanción de casos de conflictos de intereses de funcionarios, análisis de sus declaraciones juradas, registro de obsequios y viajes para evitar el vicio en la toma de decisiones públicas, capacitaciones sobre integridad gubernamental, reuniones de fiscalías de investigaciones administrativas, encuentros sectoriales con organismos afines, y más.²³²

Lo cierto es que nadie acusado de corrupción es seriamente investigado, ningún Gobierno que practica la corrupción institucionalizada es puesto en jaque, y los sistemas

²³² Oficina Anticorrupción
Link de consulta: [argentina.gob.ar/anticorrupción].

corruptos no cambian a partir de ninguna política diseñada y propuesta por la Oficina. Además, se dan ciertos agravantes como cuando sí hay ganas de investigar, pero no por vocación de transparencia, sino de persecución y tormento: se pone la lupa en opositores al Gobierno y se hace la vista gorda con oficialistas; se aplica una política selectiva respecto de quién se pone en la mira y quién no -dependiendo del poder que tiene a la hora de ser investigado-, y supuestos similares.

Por lo tanto, estas instituciones, si de verdad pretenden ser baluartes de la integridad, transparencia y ética pública, no tienen otra opción que ser reconsideradas a la luz de nuevos enfoques comprometidos con la objetividad y renuentes a depender de la política de turno.

En Argentina, la Oficina es jurídicamente un organismo descentralizado dependiente del Poder Ejecutivo. En la práctica, esto significa que está permanentemente permeada por la política, y es susceptible de ser influida por los intereses oficialistas. Las probabilidades de que cumpla los objetivos declarados son nulas. Por lo tanto, las propuestas de cara a instituciones que se encuentren en dichas condiciones siempre deben apuntar a no someterlas a la influencia y el manejo en propio beneficio de la clase política.

Una propuesta es poner la gestión de la Oficina en manos de la oposición, para que al menos el oficialismo no se controle a sí mismo. Que sean representantes de la oposición los encargados de administrar el personal que dará curso a las recepciones de declaraciones juradas y las investigaciones.

Otro paso, más allá de que la oposición tenga incidencia administrativa, radica en que, a efectos de funcionamiento, la Oficina no responda a políticas opositoras u oficialistas, sino que mantenga un perfil técnico, imparcial, objetivo y apolítico. Que no pueda ser ocupada en sus cargos por militantes ni afiliados a partido político alguno.

Una tercera observación se hace respecto de la constitución de la Oficina. Para una institución con tan poca actividad, magros antecedentes, y resultados de escaso impacto, contar con tantas Direcciones como Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, Dirección de Investigaciones, Dirección Nacional de Asuntos Estratégicos, Dirección Nacional de Investigaciones y Fiscalización, Dirección Nacional de Ética Pública, Dirección Nacional del Sistema de Declaraciones Juradas, Dirección Nacional de Apoyo, Análisis Técnico y Litigio, Dirección de Asuntos Jurídicos y Dirección de Relaciones Institucionales, da la pauta de que se la concibe más como una dependencia para acomodar militantes y devolver favores políticos que como un organismo serio y

profesionalizado. La propuesta es sencilla: recortar recursos humanos, materiales y económicos a lo justo y necesario para que se generen resultados positivos, evitando el derroche y no premiando a empleados a cambio de nada.

La cuarta propuesta, en caso de constatare permanentemente que la Oficina no consigue resultados -porque no hay predisposición de sus integrantes, porque a la Administración no le gusta investigarse a sí misma, porque no hay criterio autónomo sino directrices verticalistas-, es proceder a cerrarla y eliminarla. Entre no contar con una Oficina Anticorrupción, y contar con una que cuesta caro y no hace nada -o peor aún, a los propios corruptos les cede un lugar en sus filas-, es preferible lo primero.

Y así con cualquier institución preexistente que se dedique a lo mismo y caiga en los mismos errores y malicias de dominantes que no quieren sujetarse a controles de cara al público que los sustenta.

VI. Libertad de expresión

En líneas anteriores se ha defendido el absoluto derecho a la libertad de expresión y sus implementaciones prácticas: libertad de prensa, libertad de publicación, libertad de reunión para intercambio de ideas.

Siendo una manifestación específica del más amplio derecho a la libertad en general, la libertad de expresión no necesita en su reconocimiento medios materiales a ser garantizados a los particulares para que puedan manifestar sus pensamientos; sino que requiere abstenciones de agredir físicamente a quien se expresa y a los medios materiales -propios, prestados, contratados- que utiliza, en venganza por dichas manifestaciones.

A su vez, en tanto derecho reconocido a privados, no debe verse en peligro por instituciones estatales discordantes con la libre circulación de pensamientos y opiniones, ni tampoco por la acción de plataformas comunicacionales estatales empleadas cual barricadas políticas.

Por lo tanto, la preservación de la libertad de expresión, constitucionalmente reconocida, tiene más que ver con la remoción de obstáculos legales a su ejercicio y de inconductas estatales atinentes a la comunicación, que con la edificación de nuevas instituciones y regulaciones presuntamente consagratorias. Con ello en miras, se plantean tres propuestas fortalecedoras de la libertad de expresión, y se retrata el ideal en un contexto de Minarquía.

VI.A) Eliminación de instituciones amenazantes

Bajo la excusa de garantizar la libertad de expresión, el acceso a la información y la transparencia comunicacional, los administradores han propuesto proyectos como el establecimiento de un *comité de ética periodística*. Nada más y nada menos que políticos acostumbrados a mentir en campaña, y discursar en ejercicio de funciones sobre números y resultados de fantasía, quieren arrogarse el poder de controlar a quienes informan, investigan y opinan.

Iniciativas como esta, que traten de controlar la opinión pública, hacer pasar al periodismo por un filtro gubernamental, instaurar la censura previa o posterior a una publicación, y guionar lo que se puede y no se puede decir, deben ser *eliminadas* en caso de existir o *completamente bloqueadas* en caso de intentos de instalación en la agenda.

VI.B) Objetividad en los medios públicos de comunicación

Los medios de comunicación estatales son financiados por todos los contribuyentes; no deben funcionar como una plataforma de propaganda oficialista ni una usina intelectual protectora de intereses políticos contrarios a la sociedad en general.

En ellos ha de imperar la *objetividad*, lo cual, en este contexto, no significa que no puedan hablar políticos ni que se impida hablar de política. Significa que conductores, locutores, periodistas, columnistas, no son simples militantes del proyecto de turno; que se garantiza la pluralidad de voces -si habla el oficialismo también hablan los opositores-; que no se persigue a quienes piensan distinto al gobernante y lo expresan a viva voz; que se brinda cobertura a los hechos que suceden, no solamente a los que convienen al poder.

En Argentina se han visto lamentables episodios que atentan contra la objetividad y transparencia de un medio estatal: un periodista de la Televisión Pública es desplazado de su puesto porque pregunta algo que incomoda a un político oficialista; una periodista oficialista militante va a cubrir una protesta contra el Gobierno y realiza preguntas agresivas y fuera de lugar; un programa estatal se dedica a santificar al oficialismo y demonizar a la oposición.

Nada de eso puede pasar en un Estado que se jacte de no ser persecutorio ni atentar contra la libertad de expresión en el discurso público y mediante medios públicos.

VI.C) Remoción de reglamentaciones

La Administración que tenga a su cargo un canal estatal puede dictar ciertas reglamentaciones en cuanto a su funcionamiento que resulten razonables, a saber: establecer un horario de protección al menor, equilibrar los contenidos para que distintas voces sean escuchadas, y exigencia de objetividad para no transformarse en una unidad básica militante del proyecto oficialista.

Lo que no debe hacer la Administración es trasladar sus reglamentaciones sobre lo público al ámbito privado, y obligar a que particulares sigan las mismas directrices. La propiedad privada no se maneja con las mismas sujeciones que los recursos del Estado: un privado no está obligado a darle micrófono a todas las voces, y puede ser 100% militante de lo que su conciencia le aconseje. Esto en un contexto de adultos; respecto de cuestiones que involucren preservación de menores, como horarios protegidos, deberá analizarse la situación en su propio contexto en cuanto al medio -por ejemplo, si se trata de canales de aire, o televisión satelital en plataformas de contratación privada como DirecTV-, las reglamentaciones pertinentes de la propiedad, y el reconocimiento a la salvaguarda de los menores; pero más allá de eventuales puntualizaciones, la premisa general sigue siendo la libertad.

De la derogación de leyes injustas se encargarán quienes tengan tal competencia. Mientras tanto, la Administración no debe promover regulaciones, reglamentaciones ni proyectos que complazcan a los enemigos de la libre expresión. Se toman como excusa supuestos monopolios mediáticos y abusos de posición dominante en el mercado para promover reacomodos desfavorables, discriminaciones con la pauta oficial, desmembramientos de empresas de comunicación, y redistribución de sus recursos privados para alimentar voces alternativas que casualmente comulgan con las ideas de quienes promueven el reparto. Esto es lo que ha de evitarse.

Si el público bendice con su dinero, tiempo y criterio intelectual a determinados medios, la Administración debe respetar tal hecho, y no emplear medidas irrazonables y tendenciosas para beneficiarse, por ejemplo: presionar para que un canal de periodismo que critica al Gobierno sea trasladado a un lugar lejano en la grilla televisiva; recortar o negar pauta oficial a programas periodísticos no alineados al discurso oficial y derivar los recursos a focos militantes; proyectar regulaciones que despojen a medios comunicacionales críticos de frecuencias ya adjudicadas y los manden a concursar nuevamente por las mismas; obligar a que plataformas privadas brinden espacio a voces con cuyos discursos no comulgan.

VI.D) El ideal

El ideal del Estado Mínimo se aleja de las malas prácticas comunicacionales, y del hecho mediático en sí.

El Estado Mínimo no mantiene un medio de comunicación ni reparte pauta oficial: informa lo que tiene que informar a través de los actos y discursos oficiales de los representantes públicos, y de la publicación de sus acciones en el Boletín Oficial.

La Administración Pública no regula un canal propio y no crea puestos de periodistas estatales. Tampoco se encarga de regular ni de repartir subsidios a medios privados. No se transforma en una agencia pública de propaganda ni en una benefactora de propaganda privada.

VII. Conclusión

El Capítulo ha sido amplio en cuanto a los temas tratados, por lo que resulta difícil esbozar conclusiones unificadoras de todas las áreas que no sean líneas generales. Lo positivo es que, de tal situación, se refleja la manera en que un principio puede abarcar las diversas opciones de un abanico.

La responsabilidad por daños del Estado y la no obligatoriedad de la vía administrativa son temas donde el enfoque intenta proteger los derechos e intereses legítimos del administrado para que pueda reclamar como es debido y de la manera que considere adecuada, y además reciba respuesta y eventualmente una reparación.

Lo enfocado en inmigración y el derecho de expresión busca preservar la libertad individual contra las prisiones geográficas y los silenciamientos. La circulación de gente y de ideas, pilares tan caros a la civilización globalizada y tecnológica de la actualidad, son cuestiones de grandes repercusiones políticas, económicas y demográficas que no deben pasarse por alto.

Y lo tratado respecto a la lucha y prevención de la corrupción propende a la instalación de sanas prácticas institucionales, que brinden a los administrados la seguridad de que aquellos que ejercen poder -electos, delegados, designados- lo hagan protegiendo sus derechos y las cuentas públicas, y no atentando contra la rectitud administrativa. La corrupción oscurece al Estado, afecta a la sociedad en pleno, y protagoniza una espiral de ilegalidades e inmoralidades que estanca y atrasa.

En todo ello, el principio vigente sigue siendo la limitación gubernamental y el reconocimiento de los derechos individuales, como vía de aseguramiento de una sociedad dinámica y libre con posibilidades de progreso.

Capítulo 22. Notas finales

I. Introducción

Este es el capítulo final de la obra, y puesto que ya mucho se ha dicho, su propósito no es otro que dejar unas notas finales en torno a todo lo abordado a lo largo de las páginas precedentes, simplemente a modo de repaso y conclusión.

II. Repaso e integración

En este apartado se incluye, en primer lugar, un breve resumen de los temas tratados, tanto en la parte de teoría general como en la parte de aplicación práctica y la parte de propuestas; y en segundo lugar, una reflexión integradora de los conceptos filosóficos y jurídicos utilizados. Con ello se refrescarán nociones adquiridas, se repasará a conciencia lo aprendido, y se podrán visualizar las aristas abiertas con posibilidades de aplicación.

II.A) Resumen de lo estudiado

A lo largo del siglo XX y lo que va del siglo XXI, y sin entrar en los ejemplos totalitarios evidenciados en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Administrativo ha contribuido en varios países a la verificación de cuatro modelos de Estado: el Estado de Derecho (Estado Liberal), el Estado Social de Derecho (Estado de Bienestar), el Estado Subsidiario y el Estado Populista.

El *Estado de Derecho Liberal* propuso una Administración con actividad de policía limitada al mantenimiento de la moralidad, seguridad y salubridad públicas. El *Estado Social de Derecho* incorporó al catálogo de actividades el intervencionismo económico y la regulación de derechos sociales. El *Estado Subsidiario* funcionó como punto medio entre la no intervención y la intervención, promoviendo el accionar estatal allí donde no actuara, fallara o resultara insuficiente el sector privado. El *Estado Populista* desembarcó

con la burocratización extrema y un renovado y creciente intervencionismo. En cada modelo de Estado, entonces, variaron -disminuyendo o aumentando- las competencias de la Administración.

La actuación estatal y administrativa puede medirse tomando como parámetro el *Principio de Juridicidad*. Su formulación integral indica que toda manifestación del Estado debe ceñirse al Derecho como un todo; le está vedado situarse por fuera de la ley o actuar en contradicción con ella. Solamente con el cumplimiento a rajatabla de tal enunciación, un Estado de Derecho puede considerarse efectivamente como *de Derecho*; en contraposición a la Autocracia, donde la voluntad del gobernante vale más que cualquier ley objetiva, y no encuentra escollos normativos que obstaculicen la realización de sus arbitrariedades.

El elemento fundacional y superior del sistema legal del Estado es su Constitución. Dos corrientes se han enfrentado en cuanto a su direccionamiento filosófico: el *Constitucionalismo de corte liberal* y el *Constitucionalismo de corte social*. El primero previó un poder limitado, distribuido y balanceado en respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos. El segundo consagró el aumento del poder del Estado como regulador social, proveedor de bienes materiales y prestador de mayores servicios, e incorporó los derechos sociales.

En los instrumentos de Derecho Internacional Público se perciben las influencias de ambas corrientes, cuando se enumeran derechos individuales largo tiempo defendidos por la tradición liberal, y cuando se imponen prestaciones y deberes de justicia social que requieren intervencionismo económico-social para su implementación.

Entre los dos esquemas jurídicos, el que mejor le sienta al Estado de Derecho es el Constitucionalismo liberal, por preservar en mayor medida la libertad de los individuos y limitar de manera más severa el ejercicio del poder político.

Atendiendo a las cuestiones de poder, competencia y control de actuación, en el marco del desarrollo general del Derecho surgió el desarrollo específico del *Derecho Administrativo* en Francia, y dentro de este, la institución símbolo fue el *Consejo de Estado*. De tal modo se reconocieron normas específicas para las cuestiones administrativas, y la competencia de un órgano especializado para el dictado de proyectos de reglamentaciones y resolución de conflictos administrativos. Por la centralidad que fue adquiriendo la autonomía administrativa, el poder estatal-administrativo se expandió de manera considerable y luchó para no quedar sujeto a controles jurisdiccionales.

En Inglaterra se siguió un método distinto. El poder ejercido por la autoridad competente no podía desentenderse de los derechos ejercidos por los particulares; y estos, vía parlamentaria, reclamaban por las condiciones de ejercicio de aquel, para que no creciera a costa de las libertades civiles.

Sin dejar de reconocer ciertos méritos del *enfoque francés* que sujetó el devenir administrativo a procedimientos jurídicamente asentados, el *enfoque británico* de limitación gubernamental y consagración de Cartas de derechos ciudadanos demostró superioridad en el cuidado de estos últimos.

Amén de las visiones expuestas, el trabajo de Bruno Leoni resulta de utilidad para adaptar y complementar conceptos en torno a la formación del Derecho con lo que es propio del Derecho Administrativo. Para el jurista italiano, el *Derecho no equivale a la legislación*, ya que esta última se resume en la imposición de una decisión de grupo -los legisladores- sobre la ciudadanía en pleno, mientras que la historia atestigua surgimientos del Derecho y mejores tratamientos de cuestiones a resolverse cuando ello reside en las decisiones de los particulares. De la misma manera, puede pensarse en una elaboración administrativa no centralista que evite imponer -a través de reglamentación- las decisiones grupales de la burocracia sobre los administrados, y en vez de eso que la Administración se dedique a elaborar normas a partir de la prioridad de los derechos e intereses particulares.

Para que se cumplan ambos propósitos -limitación del poder y reconocimiento de derechos individuales-, se hace necesaria su conjugación en una teoría que los consagre y una implementación práctica que los conserve.

La base para los *derechos individuales* es la consideración de la persona como ser racional, autónomo e independiente, cuya esfera de inalienable libertad le permite actuar en búsqueda de su felicidad e intereses particulares.

A su vez, la correcta limitación del poder se evidencia en un *Estado Mínimo* dedicado exclusivamente a funciones de cuidado de derechos individuales: protección militar, seguridad policial, resolución judicial de conflictos. El Estado de Derecho Liberal es el modelo histórico real del cual se aprende; el Estado Mínimo es el modelo teórico ideal hacia el cual se apunta.

La proyección de dicha concepción en el Derecho Administrativo conduce a la elaboración de una *Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada*. Este modelo administrativo implica una *Administración para administrados*, concibiéndola como un medio justo para la defensa de fines particulares, y no como un culto al

poder burocrático y fin en sí misma. La validez se debe a su actuación fundamentada en el mantenimiento del orden propicio para la libertad individual, y el ejercicio de poderes que no conspiran contra los derechos de los administrados. La eficiencia radica en la óptima utilización de los recursos -solamente para los fines objeto de su competencia-, y la prohibición del despilfarro. La limitación jurídica procede de las normas y mecanismos que reglamentan objetivamente su existencia y andar, en repudio de la arbitrariedad.

Toda esta base conformada por modelo de Estado, tipo de Administración, y Filosofía del Derecho transversal al ordenamiento jurídico, permite proyectar la concepción hacia ulteriores y coherentes reformas y refuerzos en más ámbitos concretos de la rama administrativa.

Para ratificar el rumbo con tal visión en mente, se estudió el régimen competencial de la Administración, y la mejor manera en que han de preverse y ejercerse sus facultades.

La clasificación abordada de competencias administrativas es la que distingue entre *facultades regladas y discrecionales*. La facultad reglada se ejerce de acuerdo al único camino previsto en la norma; en ella se encuentra predeterminada la conducta a seguir por la Administración. La facultad discrecional es aquella que se ejerce cuando la normativa prevé dos o más opciones legalmente válidas; en este caso, la Administración elige entre ellas de acuerdo a un margen de apreciación.

El enfoque prevaleciente -alejado de la división tajante entre lo reglado y lo discrecional- postula que la actividad administrativa *es en parte reglada y en parte discrecional*; y a la hora de analizar la naturaleza de la actividad y su apego a la normativa, la evaluación deberá tomar en cuenta los elementos reglados y los elementos discrecionales.

La competencia reglada está prevista y delineada mediante la *regulación directa* atinente a las acciones y fines de la Administración; la *regulación indirecta* que pone el foco en los derechos del administrado como vallas a la autoridad; la *regulación residual* que remite a los principios, derechos y garantías constitucionales que permean todo el ordenamiento jurídico; y las doctrinas consideradas en obras de autores y jurisprudencia referentes a la *regulación técnica* basada en verdades científicas, y la *discrecionalidad cero* que se vale de conceptos indeterminados para establecer estándares de actuación aplicados al caso concreto.

Las facultades discrecionales, a su vez, se encuentran limitadas por las directrices de *razonabilidad* -que exige un acto coherente, fácticamente sustentado y motivado-; *proporcionalidad* -que garantiza la adecuación de los medios escogidos a los fines perseguidos-; *no desviación de poder* -que evita que autoridades se valgan de la ley para

perseguir fines propios distintos a los legalmente previstos-; *buena fe* –que pauta un obrar leal sin conducir a error o engaño a la otra parte-; y *alterum non laedere* –que fija el principio de no dañar a nadie innecesariamente ni provocarle perjuicios a menos que haya sustento legal para hacerlo-.

En aras de un mejor funcionamiento de la Administración Pública, identificación y control sobre el ejercicio de sus competencias, y enmarcación en un modelo de Estado limitado, se esbozaron propuestas de reforma para aplicarse en los ordenamientos que lo requieran. Estas incluyen algunas formulaciones originales o innovadoras; referencias a pautas que funcionan en distintos sistemas; reminiscencias del pasado a través de casos óptimos probados en la historia; y ciertos postulados que ya funcionan, pero que conviene reforzarlos en extensión y cumplimiento.

En torno al *régimen competencial* del Estado -tanto los principios filosóficos subyacentes como los mecanismos de ejercicio de facultades-, se agruparon tres tipos de propuestas: globales, generales y específicas.

Las *propuestas globales* refieren al enfoque filosófico individualista que reafirma la consideración de las personas como entidades libres, independientes y autónomas; y el correspondiente enfoque jurídico desde el administrado para que el punto de partida y núcleo de evaluación a la hora de la regulación administrativa sea el respeto por los derechos individuales particulares.

Las *propuestas generales* incluyen el favorecimiento de la regulación indirecta para que primen los derechos de los administrados concretos por encima de las abstracciones de fines públicos a la hora de redactar normativa; y límites a la actividad discrecional, para mantener la sujeción a la ley de la autoridad administrativa, y lograr la prevención de conductas arbitrarias y antojadizas alejadas del marco legal.

Las *propuestas específicas* aluden a la exigencia al órgano interviniente de completa justificación de su actuación administrativa en todos los elementos, sin remisión a normas no citadas o expresiones difusas que compliquen el entendimiento del administrado; y la posibilidad de efectuar una revisión judicial, ya sea cuando la Administración actúa mediante potestades regladas, o cuando acude a las potestades discrecionales, en aras de la mantención del equilibrio y control entre poderes que son síntomas de salud republicana.

Luego de abordar las competencias de los órganos administrativos en tanto entes abstractos que expresan la voluntad jurídica de la Administración, se pasó al abordaje de las personas de carne y hueso que integran sus filas. En aras de sanear cuentas fiscales,

moderar el gasto público, prevenir la sobrepoblación estatal, abolir acomodos militantes y evitar el cumplimiento de funciones inútiles, se promueve la *eliminación de la estabilidad del empleo público*. La Administración no puede ser refugio de quienes no trabajan, seguro vitalicio de quienes han ingresado independientemente del mérito demostrado, ni fuente de incentivo para el perpetuo estancamiento.

Tanto para proveerse de personas que cumplan funciones de cara a sus objetivos como para implementar iniciativas plasmadas en sus programas políticos, la Administración realiza contrataciones. Lo exigible es que, si ha de utilizarse la institución “contrato” para reflejar los acuerdos de voluntades entre Estado y particulares, se haga respetando sus notas características. El Estado no debe detentar *privilegios y exorbitancia* para modificar unilateralmente cláusulas y condiciones en deshonra de la reciprocidad y el común arreglo.

Así como el Estado cuenta con plantilla de recursos humanos, también titulariza y ejerce el derecho de dominio sobre bienes. En su *régimen dominial público*, el Estado afecta cosas que quedan fuera del comercio -ámbito donde podrían ser adquiridas e intercambiadas por particulares-. Resulta conducente exigir al Estado que va a apoderarse de un bien que no solamente justifique su obrar al momento de la afectación, sino que periódicamente justifique la mantención de tal bien bajo su órbita exclusiva y excluyente. El propósito es evitar acumulación innecesaria, intervenciones insensatas en la economía y expropiaciones lastimosas para los antiguos dueños.

En materia de *infraestructura*, el Estado administra en red bienes, recursos y medios técnicos con influencia en las áreas económica, social, cultural y regalística. Por la trascendencia que tiene el hecho de que los bienes básicos proveídos funcionen adecuadamente, más las millonadas de dinero manejadas en torno a su cumplimiento, no puede hacerse menos que exigir vigilancia contra la corrupción, control de objetivos y plazos enunciados en la agenda gubernamental, y reclamar por calidad acorde a los fondos recaudados.

Así como los individuos son susceptibles de cometer errores, equivocaciones o incluso acciones con malas intenciones, provocando resultados dañinos para otros, así también el Estado -compuesto por individuos que revisten calidades, cargos y rangos oficiales- es susceptible de caer en actuaciones desviadas de la norma y perjudiciales para aquellos que administra. Lejos de concepciones que lo sitúan como ente perfecto, privilegiado e imposibilitado por su propia naturaleza de ser juzgado, el Estado ha de ser so-

metido a un régimen de responsabilidad por daños. En ese sentido, la *pertinencia normativa* defiende que las normas regulatorias de daños resarcibles que se imputan a personas jurídicas, también resulten de aplicación al Estado como una persona jurídica más. Que el Estado responda, y que no lo haga desde un pedestal, sino como lo hacen los demás.

Daños, perjuicios y molestias no tolerables generadas por conducta estatal crean en cabeza del administrado la *posibilidad de reclamar*. La lupa debe ser puesta en las vías que este tiene para canalizar los eventuales reclamos. En un esquema que mantenga tanto la opción de la vía administrativa como del reclamo judicial, lo beneficioso para la libertad y el tiempo del administrado, así como lo respetuoso para sus recursos económicos, es el reconocimiento de su capacidad electiva sobre el camino a adoptar. Al administrado debe brindársele la *posibilidad de elegir* si quiere reclamar en la jurisdicción contencioso-administrativa, o si directamente quiere judicializar su asunto, dadas las circunstancias y los considerandos de su propio y consciente criterio.

Otra área digna de repaso es la atinente a la inmigración y sus repercusiones culturales y económicas. Aquí la Administración, sin cumplir papeles irrazonables de recepción de hostiles, pero tampoco transformándose en un aparato nacionalista y racista, puede idear y promover *esquemas de inmigración* que redunden en beneficios para el país anfitrión, enriqueciéndose la sociedad con la llegada de nuevos ciudadanos, nuevos talentos y nuevas energías laborales.

La preocupación por la acción de Gobierno no solamente se dirige a su fiscalización respecto de extranjeros, sino también puertas adentro. Entre las manifestaciones básicas más importantes a ser sostenidas en modo irrestricto por los administrados, se encuentra la *libertad de expresión*. El derecho a discursar, dar a conocer opiniones, debatir e intercambiar argumentos privada y públicamente, publicar y difundir obras, está fuera de cualquier concesión. El Estado no debe transformarse en censor que silencia las voces, menos en censor vigilante que *a priori* verifica lo que se publica, y ni siquiera en un regulador de la libre expresión. El camino es *desregular y eliminar normas* que afecten el mercado de ideas.

Finalmente, todo lo propuesto requiere de sana y transparente implementación. Para ello, el Estado debe ser controlado institucional y económicamente; sus arcas deben resguardarse de desvíos; y los funcionarios tienen que dar a conocer y responder por lo que hacen con los recursos ciudadanos. La consigna es *prevenir y combatir la corrupción*; y la ejecución tiene por norte el fortalecimiento de las instituciones que exigen la rendición de cuentas.

Estas son las bases y aplicaciones, propuestas desde el Liberalismo, para un Estado Mínimo; con Gobierno Limitado; y Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada.

II.B) Reflexión en torno a lo abordado

Integridad y coherencia son las virtudes de un sistema cuyos principios teóricos, andariveles conectores e implementaciones prácticas permiten que sea reflejado como un todo no contradictorio.

Dichas virtudes han querido reflejarse aquí, mediante la exposición de modelos, reivindicaciones, reformas y propuestas, siempre partiendo de la base liberal que no cede en sus dos pilares fundamentales: la limitación y control del poder, y el reconocimiento y respeto de los derechos individuales. En lenguaje administrativista, ello no es otra cosa que la limitación y control de la Administración Pública, y el reconocimiento y respeto de los derechos de los administrados.

Con asiento en lo dicho, han de destacarse tres puntos entrelazados sobre cuya base pueden pensarse mejores Administraciones.

El primero tiene que ver con la recuperación de *la voz del Liberalismo* en el debate jurídico, por largo tiempo ausente. No estuvo del todo ausente su esencia, ya que las civilizaciones e instituciones de Occidente le deben a tal corriente más de un “muchas gracias” por su formación, evolución y permanencia. Pero sí estuvo ausente su defensa académica y coyuntural -excepto por muy minoritarias excepciones- durante años de crecimiento doctrinario en el presente siglo, lo cual a su vez explica el crecimiento estatal.

Hoy en día comienza a escucharse nuevamente el clamor, otrora apagado, de la defensa de la libertad y la realización personal, en contra de los proyectos políticos dirigistas y autoritarios que propenden a la realización de la casta gobernante. Se han generado anticuerpos contra el estatismo, y al menos parte de la ciudadanía coincide en reclamar con firmeza por la privacidad, intimidad, propiedad y capacidad decisoria que le corresponde por derecho.

Va de suyo que la recuperación de la tradición liberal pone en jaque muchas nociones aceptadas cual verdades reveladas, y afecta intereses perpetuadores del *statu quo*, por lo que su recepción no siempre se da con brazos abiertos. De allí que se hace necesario, en procuración de transformaciones a largo plazo, continuar encumbrando los valores

liberales y su moldeado de la acción jurídica, para que se confirme la tendencia y diste de ser una mera moda pasajera susceptible de rápido olvido.

El segundo punto tiene que ver con *lo racional y lo razonable*. La Administración no puede pensarse alrededor de proyecciones místicas, cálculos inverosímiles y mentiras de cara al público consumidor, como tampoco puede convertirse en un monstruoso aparato burocrático que con tal de conseguir objetivos se lleve puesto cualquier derecho que encuentre a su paso.

Frente a megalomanías alejadas de las restricciones republicanas, y la planificación centralizada reemplazante de las brújulas personales de cada ciudadano, debe primar la racionalidad; esto es, el ejercicio de la mente ajustado a los hechos de la realidad, para concebir proyectos y funciones que logren propósitos protectorios y no violatorios de derechos.

A su vez, dada la vasta cantidad de acciones que la Administración se ha acostumbrado a llevar a cabo, reflejada en regulaciones y represiones obstaculizadoras de la iniciativa comercial y la prosperidad económica, debe afianzarse y afinarse la razonabilidad; es decir, la asunción de competencia en áreas de incumbencia y no la invasión de esferas fuera de escrutinio, la proporcionalidad entre medios y fines en contra de la devastación de derechos y recursos privados, y la canalización de la acción por vías idóneas en exclusión de la arbitrariedad.

El tercer punto hace mella en el enfoque centralista de la Administración Pública, procurador de exorbitancia y privilegios, y lo reemplaza por el *enfoque desde el administrado*.

Si la preocupación parte por dotar a un Estado de competencias legales en pro de conseguir una multiplicidad de propósitos, y luego, en relación a lo planificado y como consideración secundaria, se conciben algunos derechos que no lo molesten ni lo frenen, se obtendrá estatismo en ebullición y mínima participación ciudadana.

Al contrario, si la preocupación parte por afianzar derechos ciudadanos, y recién en base a ellos concebir un ente encargado de velarlos; entendiendo que a su vez dichos derechos servirán de barrera infranqueable contra eventuales surgimientos de aspiraciones desbordadas y sueños descarriados del ente creado; se encaminan los pasos hacia el poder constreñido, al servicio y no al mando de quienes deciden reconocerlo.

Se reafirma, entonces, la necesidad de que los tres puntos señalados conserven vigencia, en aras de la consecución de resultados deseados y la mantención de un ambiente de desarrollo prolífico y pacífico en las jurisdicciones administrativas.

Visto lo precedente, resulta pertinente una observación respecto del contenido aquí analizado. Si bien la obra es bastante abarcadora de una pluralidad de temas que hacen al funcionamiento administrativo y la libertad individual de aquellos que están bajo la órbita de los organismos actuantes, de seguro en sus páginas quedan interesantes temáticas sin desarrollar, más por una cuestión de espacio y armado de marco teórico que por falta de importancia. El desafío intelectual, además de lograr una implementación exitosa de lo planteado, es extenderlo a aquellas áreas no abordadas, donde también podrá ser de utilidad.

En torno a lo ya previsto y lo que resta prever, lo ya logrado y lo que queda por lograr, el presente y el futuro exhiben demandas de racionalidad, razonabilidad y libertad de las que no hay que escapar. El espacio que deja el individualismo es rápidamente llenado por la regulación estatista, y eso atenta contra el Liberalismo que ha de responder al desafío.

Temas como *blockchain* (cadena de bloques), criptomonedas, revolución digital y contratos inteligentes, son manifestaciones de la brillantez, productividad, libertad y privacidad que promueven las sociedades liberales. Y tales manifestaciones, más allá de que puedan o no ser directamente afectadas, lucen como presa apetecible para los instintos reguladores del estatismo desatado, que atrofia allí donde gobierna.

Hoy mismo, nuevas formas contractuales, laborales y comerciales desafían, alcanzan o superan modelos anteriores. Ello puede constatarse en los ejemplos de Uber y el taxi; Remax y las inmobiliarias; Despegar.com, Almund.com y Booking.com y las agencias de turismo. En algunos casos, como el del transporte, la reacción sindical del sector taxista fue violenta, y la regulación estatista se puso del lado de la violencia. La Administración propuesta tiene que tomar la actitud contraria, sin proteger a las mafias.

Todo lo aludido requiere y requerirá respuesta liberal, tanto para prevenir reglas absurdas como para limpiarle la cancha jurídica al desarrollo tecnológico. A veces, como con la libertad de expresión, se precisarán abstenciones y eliminaciones; otras veces, como en los procedimientos en sede administrativa, se precisarán vías de reclamo teñidas por la celeridad. En todos los casos, habrá que estar a la altura de las exigencias.

En fin, uno puede bendecir la unión poligámica del Derecho con lo obsoleto, lo estancado y lo inútil; o puede emparentarlo con la cordura, lo dinámico y lo servicial. Uno puede darle al Estado un rol de *pater familias* en pleno siglo XXI, o de interventor únicamente donde es llamado a cumplir funciones protectorias de derechos y de retribución contra sus violadores.

III. Conclusión

Esto ha sido una serie de aportes para un Derecho Administrativo Liberal. Algunos en fase de puntapié inicial, otros más desarrollados, algunos rescatados del olvido de la historia, otros todavía por testearse.

La intención es clara y radica siempre en la preservación del individuo y sus derechos como alta prioridad, desde lo cual puede pensarse en una Administración Pública acorde a las exigencias morales, jurídicas y económicas que de tal visión se desprenden.

Que este libro despierte debates académicos es un anhelo. Que sus premisas se adopten en las configuraciones estatales y administrativas sería una satisfacción. Y si sirve para que ciudadanos interesados conozcan más de sus propios derechos y las posibilidades que tienen para defenderlos de óptima manera, entonces el camino del impacto se habrá recorrido en toda su extensión.

Bibliografía

- Adams, J. (1851). Thoughts on government. En C. F. Adams, *The Works of John Adams, Second President of the United States* (Vol. IV). Boston: Charles C. Little and James Brown.
- Aguilar Valdez, O. R. (2005). Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas. En O. R. Aguilar Valdez, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*. Buenos Aires: Ediciones Rap.
- Alberdi, J. B. (2016). *Proyecto de Constitución*. Obtenido de Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcf20x5>
- Alberdi, J. B. (s.f.). *La Omnipotencia del Estado es la Negación de la Libertad Individual, 1880*. Obtenido de <https://www.panarchy.org/alberdi/estado.1880.html>
- Altamira Gigena, J. I. (2005). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Córdoba: Advocatus.
- Argaña, M. (s.f.). *¿Qué hace importante a la Convención Interamericana contra la Corrupción para nuestros países?* Obtenido de http://www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/index.php?option=com_content&view=article&id=243
- Argentina Debate. (s.f.). *Sobre Argentina Debate*. Obtenido de <http://www.argentinadebate.org/acerca-de/>
- Argentina.gob.ar. (s.f.). *Constitución de la Nación Argentina de 1949*. Obtenido de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1571>
- Argentina.gob.ar. (s.f.). *Oficina Anticorrupción*. Obtenido de [argentina.gob.ar/anticorrupción](http://argentina.gob.ar/anticorrupcion)
- Balbín, C. F. (2007). *Curso de derecho administrativo* (Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
- Balibar, É. (2014). Sujeción y subjetivación. *Política Común*, 6. doi:<https://doi.org/10.3998/pc.12322227.0006.004>
- Bidart Campos, G. J. (1961). *Grupos de Presión y Factores de Poder*. Buenos Aires: Editorial A. Peña Lillo.
- Bielsa, R. (1954). *Derecho Administrativo* (Tomo III). La Ley.

- Biosystems S.A. c/ EN - M° Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2014). Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-biosystems-sa-salud-hospital-posadas-contrato-administrativo-fa14000096-2014-02-11/123456789-690-0004-1ots-eupmocsollaf>
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bollero Hauser, J., & Peralta San Martín, L. (s.f.). *Evolución de la Responsabilidad del Estado en la República Argentina*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/>
- Boyle, I. (Septiembre 2017). Análisis de la discrecionalidad administrativa. *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* (19, IJ-CDLXVIII-951). Obtenido de https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=1e44f5995b47efd5affaff4688e39724&hash_t=3a228b58389035fd8d2068ebb77bb8f1
- Branden, N. (2006). El divino derecho al estancamiento. En A. Rand, *La virtud del egoísmo*. Grito Sagrado.
- Brewer-Carías, A. R. (2010). La Justicia Constitucional como garantía de la Constitución. En E. Ferrer Mac-Gregor, A. v. Bogdandy, & M. Morales Antoniazzi (Edits.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Vol. 1). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/7.pdf>
- CAF, Banco de Desarrollo de América Latina. (s.f.). *Acciones para impulsar la integridad, la transparencia y la lucha contra la corrupción*. Obtenido de <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2020/03/acciones-para-impulsar-la-integridad-la-transparencia-y-la-lucha-contra-la-corrupcion/>
- Camero Quezada, G. (2006). Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa. *Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho* (3), 2. Obtenido de

<https://www.camberoabogados.com/app/download/3464060/Guillermo+Cambero+Dualismo+jurisdiccional+y+jurisdiccion+administrativa.pdf>

Campolieti, F. (2016). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En E. M. Alonso Regueira (Ed.), *El control de la actividad estatal*. Buenos Aires: Asociación de Docentes, Universidad de Buenos Aires. Obtenido de derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-campolieti-control.pdf

Campos Acuña, C. (s.f.). *10 propuestas para mejorar la prevención y la lucha contra la corrupción*; Obtenido de <https://concepcioncampos.org/9n-10-propuestas-para-mejorar-la-lucha-contra-la-corrupcion/>

Canna Bórrega, S. (2012). El agotamiento de la vía administrativa, ¿debe mantenerse como requisito obligatorio para la demanda judicial contra el Estado? *Congreso de Derecho Público*. UBA. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/derecho-administrativo-silvia-canna-borrega.pdf>

Carrillo de la Rosa, Y., & Pereira-Blanco, M. (2017). Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales. *Revista digital de Derecho Administrativo*(18, segundo semestre), 65-83. doi:<https://doi.org/10.18601/21452946.n18.05>

Carrillo Donaire, J. A. (septiembre-diciembre 2000). Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés. *Revista de Administración Pública*(153), 520. Obtenido de <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/243462000153519.pdf>

Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo* (7 ed., Vol. 1). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cassagne, J. C. (2008). La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. *La Ley*. Obtenido de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial,.pdf

- Cassagne, J. C. (2009). La discrecionalidad administrativa. *Foro Jurídico* (9), 82-91. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18518>
- CEDOM. (s.f.). *Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 471*. Obtenido de <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley471.html>
- Cerqueira, D. (s.f.). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Antecedentes históricos, fundamento legal y suposiciones equivocadas*. Obtenido de <http://asuntosdelsur.org/opinion/derechos-economicos-sociales-y-culturales-antecedentes-historicos-fundamento-legal-y-suposiciones-equivocadas>
- Cine Callao. Obtenido de http://www.cpacf.org.ar/files/fallos_historicos/jl_cine-callao.doc
- Colman, R., & Ferrari, B. (19 de 2 de 2018). Éxodo venezolano: ¿cuántos se radican en la Argentina por año? *La Nación*. Obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/2109831-exodo-venezolano-cuantos-se-radican-en-la-argentina-por-ano>
- Comadira, J. R. (2015). El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger. *El Derecho*, LIII (13.825).
- Corruptie.org. (s.f.). *What is corruption?* Obtenido de <http://www.corruptie.org/en/corruption/what-is-corruption/>
- CSJN. (s.f.). *Constitución de la Confederación Argentina, 1853*. Obtenido de <https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Confederacion-Argentina-1853-.pdf>
- Cuadros, O. A. (2009). El acto administrativo como acto jurídico. En U. Austral, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Rap.
- Cuadros, O. A. (2014). El Estado y la legalidad convencional. En *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*. Buenos Aires: Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap.

- Cuadros, O. Á. (2017). Dominio público y privado del Estado -Una revisión acorde al Código Civil y Comercial-. En *Temas de Derecho Administrativo*. Errerius.
- Cuadros, O. Á. (2018). *Responsabilidad por daños y Estado*. Buenos Aires: Astrea.
- Di Pietro, A. (s.f.). *Sobre el principio “alterum non laedere”*. Obtenido de <https://www.abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508>
- Diez, M. M. (1956). El acto administrativo. En A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 1*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Díez-Picazo, L. (s.f.). Prólogo. En F. Wieacker, *El principio general de la buena fe, Madrid, Civitas, 1982. En: López Olvera, Miguel Alejandro; Los principios del procedimiento administrativo*.
- Eiben, E. (s.f.). *Libertad de Expresión en una Sociedad Libre y Abierta*. Obtenido de 1º Congreso Nacional de Libertad de Expresión y Derecho a la Participación Ciudadana, San Juan, 3 y 4 de mayo de 2017, organizado por Fundación LEMA: https://www.youtube.com/watch?v=XWns05d_hNw
- El Financiero. (s.f.). *El Flat Tax*. Obtenido de El Financiero: <https://www.elfinancierocr.com/blogs/la-riqueza-de-las-naciones/el-flat-tax/Y6ZQQDEDOVFYLM6DQA7R2GI5BM/story/>
- Enciclopedia Jurídica. (s.f.). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>
- Enrique, Héctor Maximino c/ Pcia de Santa Fe (CSJN 5 de 3 de 1965). Obtenido de La Ley Tomo 119, p. 141
- Espert, J. L. (2017). *La Argentina devorada*. Buenos Aires: Galerna.
- Founders Online. (s.f.). *From Thomas Jefferson to Edward Carrington, 16 January 1787. [Original source: The Papers of Thomas Jefferson, vol. 11, 1 January–6 August 1787, ed. Julian P. Boyd. Princeton: Princeton University Press, 1955, pp. 48–50.]*. Obtenido de Founders Online, National Archives: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-11-02-0047>

- Founders Online. (s.f.). *From Thomas Jefferson to Elbridge Gerry, 26 January 1799*. [Original source: *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 30, 1 January 1798–31 January 1799, ed. Barbara B. Oberg. Princeton: Princeton University Press, 2003, pp. 645–653.]. Obtenido de Founders Online, National Archives: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-30-02-0451>
- Friedman, D. (2014). *The Machinery of Freedom. Guide to a Radical Capitalism* (3 ed.). David Friedman, Writers' Representatives.
- Friedman, M. (2002). *Capitalism and freedom. 40th Anniversary Edition*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Friedrich, C. J., & Brzezinski, Z. K. (1975). *Dictadura totalitaria y Autocracia* (2° ed.). Buenos Aires: Ediciones LÍbera.
- García Pérez, J. (2010). *Nuevo marco jurídico del sector ferroviario: Estudio de la Ley del sector ferroviario y demás normas de desarrollo*. Madrid: Reus.
- Garrone, J. A. (2010). *Diccionario Manual Jurídico Abeledo Perrot*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gelli, M. A. (2001). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.
- Gobierno de México. (s.f.). *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917*. Obtenido de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>
- González Segarra, C. (s.f.). *Un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema; alcances del fallo Madorran. IV Congreso Argentino de Administración Pública, "Construyendo el Estado Nación para el crecimiento y la equidad"*. Obtenido de <http://www.asociacionag.org.ar/pdfcap/4/Gonz%C3%A1lez%20Segarra,%20Claudia.doc>
- Gordillo, A. (2014). ; *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (1 ed., Tomo 9, Primeros manuales). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Tomo 1). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

- Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas* (Vol. 2). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003. En J. L. Miolano, *Los Convenios Colectivos de Trabajo en el ámbito de las Universidades Nacionales, De Lege Ferenda*, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales.
- Greelane. (s.f.). *¿Qué es exactamente un crisol?* Obtenido de <https://www.greelane.com/es/ciencia-tecnolog%c3%ada-matem%c3%a1ticas/ciencias-sociales/melting-pot-definition-3026408/>
- Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa (Corte Suprema de Justicia de la Nación). Obtenido de <https://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar-la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>
- Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. (E. Mikunda, Trad.) Madrid: Tecnos.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (s.f.). *El Federalista*. Librodot.com. Obtenido de <http://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>
- Haro, R. (2002). *El pensamiento de Juan Bautista Alberdi y el Derecho Público Provincial*. Obtenido de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artalberdiyelderechopublico.pdf>
- Haro, R. (s.f.). *Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional*. Obtenido de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/nuevos-perfiles-del-control-de-razonabilidad>
- Hauriou, M. (s.f.). *Précis de droit administratif et de droit public général, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, París, 1900*. Obtenido de Fierro Rodríguez, Diego; La desviación de poder en el Derecho Administrativo: <http://www.eljurista.eu/2014/12/01/la-desviacion-de-poder-en-el-derecho-administrativo/>

- Hayek, F. A. (2011). *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo* (3 ed.). Madrid: Unión Editorial.
- Hernández, A. M. (2009). La cultura de la Constitución en Argentina. En A. P. Inst. Iberoamericano D° Constitucional, *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)* (Vol. 1). Lima. Obtenido de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-cultura-de-la-constitucion-nacional/at_download/file
- Herrera, C. M. (2014). En los orígenes del constitucionalismo social argentino: Discursos en torno a la Constitución de 1949. *Historia Constitucional* (15), 393. Obtenido de <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/407>
- Hileret y otros c/ Provincia de Tucumán, 98:20 (5 de 9 de 1903). Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-hileret-otro-provincia-tucuman-fa03000276-1903-09-05/123456789-672-0003-0ots-eupmocsollaf?>
- Humanos, L. D. (s.f.).
- Hutchinson, T. (2003). *Proceso Administrativo* (Tomo I). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Infoleg. (s.f.). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Infoleg. (s.f.). *Código Electoral Nacional*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19442/texact.htm>
- Infoleg. (s.f.). *Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>

- Infoleg. (s.f.). *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22363/texact.htm>
- International Labour Organization. (s.f.). *Orígenes e Historia – Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO
- Jefferson, T. (s.f.). *III. First Inaugural Address, 4 March 1801*. Obtenido de <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-33-02-0116-0004>
- La Nación. (s.f.). Inmigración venezolana: en 2017 se radicaron en el país 4116 ingenieros. *La Nación*. Obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/2113325-inmigracion-calificada-en-2017-se-radicaron-en-el-pais-4116-ingenieros-venezolanos>
- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Lasalle, F. (1957). *¿Qué es una constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte.
- Lawi. (s.f.). *Migrante económico*. Obtenido de <http://leyderecho.org/migrante-economico/>
- Lefebvre. (s.f.). *Concepto contable de infraestructura*. Obtenido de <http://blog.efl.es/actualidad-juridica/concepto-contable-de-infraestructura/>
- Leoni, B. (1995). *La libertad y la ley*. Madrid: Unión Editorial.
- Liberalismo.org. (s.f.). *Liberalismo.org*. Obtenido de <https://liberalismo.org/>
- Lister, A. (June de 2011). The ‘Mirage’ of Social Justice: Hayek Against (and For) Rawls. (U. o. Centre for the Study of Social Justice, Ed.) *CSSJ Working Papers Series, SJ017*. Obtenido de https://www.politics.ox.ac.uk/materials/centres/social-justice/working-papers/SJ017_Lister_MirageofSocialJustice.pdf
- Locke, J. (1963). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Aguilar.
- López Mendoza, J. A. (2014). La desviación de poder. En E. M. Alonso Regueira (Ed.), *Estudios de Derecho Público* (pág. 302). Buenos Aires: Asociación de Docentes.

- López Olvera, M. A. (2016). Los principios del procedimiento administrativo. En D. Cienfuegos Salgado (Ed.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Madorran, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas (CSJN 2007). Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-madorran-marta-cristina-administracion-nacional-aduanas-reincorporacion-fa07000252-2007-05-03/123456789-252-0007-0ots-eupmocsollaf>
- Manzanedo, J., J., H., & Gómez Reino, E. (1970). *Curso de Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Mariucci, J. M., & Peluso, N. M. (septiembre de 2015). El dominio público en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su vinculación con los derechos de incidencia colectiva. *La Ley, Suplemento Administrativo*. Obtenido de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1985.pdf>
- Mascaró Rotger, A. (s.f.). *Gobierno Limitado*. Obtenido de <https://liberalismo.org/articulo/158/65/gobierno/limitado/>
- Matilla Correa, A. (2011). *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Ministerio Público Fiscal. (2017). *Los derechos de los extranjeros en el sistema penal argentino*. Obtenido de Dirección General de Cooperación Regional e Internacional, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, República Argentina: https://www.mpf.gob.ar/cooperacion-ai/files/2017/10/Derechos_extranjeros.pdf
- Miolano, J. L. (s.f.). Los Convenios Colectivos de Trabajo en el ámbito de las Universidades Nacionales. *De Lege Ferenda*.
- Moderne, F. (1999). Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia. *La Revue administrative: Histoire et perspectives de la juridiction administrative en France et en Amérique latine*, 52e Année(No. 9, Numero special 9), 23-30.
- Muñoz Delaunoy, I. (2015). El “rol del gobierno en la educación” de Milton Friedman: un texto con historia. *Revista de Educación Andrés Bello* (1), 145-174.

National Archives and Records Administration. (s.f.). *Declaración de Independencia de Estados Unidos de América*. Obtenido de <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

National Archives and Records Administration. (s.f.). *La Constitución de los Estados Unidos de América 1787*. Obtenido de <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

Nozick, R. (2012). *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.

Organization of American States. (s.f.). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 7. Capítulo VI – Leyes de desacato y difamación criminal*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=442&lID=2>

Organization of American States. (s.f.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Obtenido de [\https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organization of American States. (s.f.). *Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58)*. Obtenido de https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp

Organization of American States. (s.f.). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

Oxford University Press. (s.f.). *Spanish Oxford living dictionaries*. Obtenido de <https://es.oxforddictionaries.com/>

Paolantonio, M. E. (1987). Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social. (D. d. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ed.) *Lecciones y Ensayos*(47).

Peikoff, L. (2014). *Objetivismo. La filosofía de Ayn Rand*. Buenos Aires: Grito Sagrado.

Perrino, P. E. (24 de 08 de 2011). La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia. *La Ley*. Obtenido de

- http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_responsabilidad_del_Estado_por_la_omision_del_ejercicio_de_sus_funciones_de_vigilancia_.pdf
- Popper, K. R. (2006). *La sociedad abierta y sus enemigos*. España: Paidós.
- Rand, A. (2006). *La virtud del egoísmo*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Rand, A. (2008). *Capitalismo: el ideal desconocido*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Rand, A. (2009). *El nuevo intelectual*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de Real Academia Española: <https://dpej.rae.es/>
- Re-imagining Migration. (s.f.). *Excerpt from the play "The Melting Pot" - Re-imagining Migration*. Obtenido de <https://reimaginingmigration.org/excerpt-from-the-play-the-melting-pot/>
- Reisman, G. (s.f.). *¿Qué es el intervencionismo?* Obtenido de Centro Mises - Mises Hispano: <http://www.miseshispano.org/2016/02/que-es-el-intervencionismo/>
- Reisman, G. (1998). *Capitalism. A Treatise on Economics*. Illinois: Jameson Books.
- Rodríguez Rodríguez, L. (s.f.). La explicación histórica del Derecho Administrativo. En D. Cienfuegos Salgado, & M. A. López Olvera (Edits.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz* (Tomo I: Derecho administrativo, pág. 295). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>
- Rothbard, M. N. (2005). *Hacia una nueva libertad: el manifiesto libertario*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Ruíz Díaz Labrano, R. E.-7. (2008). El Estado de Derecho. Algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia. En *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Poder Judiciário Superior Tribunal Militar. Obtenido de https://www.tprmercursosur.org/es/docum/biblio/Ruiz_Diaz_Labrano_El_Estado_de_Derecho.pdf
- Sagüés, N. P. (1997). *Elementos de Derecho Constitucional* (2º ed., Tomo II). Buenos Aires: Astrea.

SAIJ. (s.f.). *Ley de Procedimiento Administrativo N° 3784, San Juan*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/3784-local-san-juan-ley-procedimiento-administrativo-lpj0003784-1973-03-09/123456789-0abc-defg-487-3000jvorpyel?>

Salgado Pesantes, H. (2017). El constitucionalismo social y sus garantías. Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en Ecuador. En E. Ferrer Mac-Gregor, & R. Flores Pantoja (Edits.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Ibroamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (pág. 850). México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/37.pdf>

Sánchez, A. M. (2011). Hacia un nuevo concepto de la estabilidad del empleado público. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (361).

Sentencia de Camara Contencioso Administrativo Federal- Sala III, expediente CAF 008942/2008/CA002 (28 de Febrero de 2018). Obtenido de <https://ar.vlex.com/vid/biosystems-sa-c-m-704430501>

Soriano Zothner, V. P. (s.f.). *La razonabilidad del accionar estatal y los modelos de control de constitucionalidad. Sistema jurídico argentino y derecho comparado. Tesis de Posgrado: Especialización en Abogacía del Estado. Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/veronica-paola-soriano-zothner-razonabilidad-accionar-estatal-modelos-control-constitucionalidad-sistema-juridico-argentino-derecho-comparado-tesis-completa-dacf180229-2018-10-24/123456789-0abc-defg9220-81fcanirtcod?&o=8&f=Total%7CT>

Sotelo de Andreau, M. (s.f.). *La corrupción. La cultura del autoengaño. ¿Justificación de inconductas o cambio?* Obtenido de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-025.pdf>

Thomas Jefferson Foundation. (s.f.). *Eternal vigilance is the price of liberty*. Obtenido de [monticello.org: https://www.monticello.org/research-education/thomas-jefferson-encyclopedia/eternal-vigilance-price-liberty-spurious-quotation/](https://www.monticello.org/research-education/thomas-jefferson-encyclopedia/eternal-vigilance-price-liberty-spurious-quotation/)

- Tiempo de San Juan. (2018). Venezolanos en San Juan: en un año, 377 % más. *Tiempo de San Juan*. Obtenido de <https://www.tiempodesanjuan.com/sanjuan/2018/3/24/venezolanos-juan-ao-210432.html>
- Tnuat Noar Hejalutz Lamerjav. (s.f.). *Los Libros Blancos*. Obtenido de www.hejalutzlamerjav.com.ar/wordpress/jinuj/sionismo
- Tornese, Armando A. (CSJN 8 de 11 de 1968). Obtenido de La Ley Tomo 139, p. 71
- Transparencia Internacional España. (s.f.). *Llamamiento de Transparencia Internacional España en el Día Internacional contra la Corrupción*. Obtenido de <https://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion-2/>
- United Nations. (s.f.). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- United Nations. (s.f.). *El sistema de las Naciones Unidas*. Obtenido de http://www.un.org/es/aboutun/structure/pdf/unchart_11x17_sp_color.pdf
- United Nations. (s.f.). *Historia de las Naciones Unidas*. Obtenido de <http://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/index.html>
- United Nations. (s.f.). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- United Nations. (s.f.). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- United Nations. (s.f.). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Valencia Tello, D. C., & Karam de Chueiri, V. (2016). Accountability, rendición de cuentas y controles a la administración. ¿Cómo funcionan en Argentina según el ordenamiento jurídico vigente? *Opinión Jurídica*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/945/94545771009/html/>

- Vila, Alfredo Luis c/ Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo Nacional. Obtenido de <https://www.cij.gov.ar/nota-9867-La-Corte-Suprema-revoc--un-fallo-que-hab-a-otorgado-a-un-particular-la-propiedad-de-un-predio-en-Mendoza.html>
- Villar Ezcurra, J. L. (2000). Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos. En A. Ariño y Almoguera (Ed.), *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- Vincenti, R. W. (2016). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto. En E. M. Alonso Regueira (Ed.), *El control de la actividad estatal* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Asociación de Docentes, Universidad de Buenos Aires. Obtenido de derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-vincenti-reglados-pdf
- Weil, P. (1986). *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ley 22.262 -Comisión Nacional de Defensa de la Competencia- Secretaría de Comercio e Industria., 325:1702 (2 de 7 de 2002). Obtenido de [<https://ar.vlex.com/vid/-40085780>
- Zablotsky, E. E. (abril de 2015). Educación: padres vs burócratas. *Revista UCEMA*, Año X(27), 30-31. Obtenido de https://ucema.edu.ar/publicaciones/download/revista_ucema/revista_ucema27_abr2015b.pdf

Sobre el autor

Ezequiel José Eiben Martín nació en San Juan, Argentina, en 1987.

Es Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, y Magíster en Derecho Administrativo de la Economía por la Universidad Católica de Cuyo sede San Juan.

Ocupa un cargo de Prosecretario en el Ministerio Público Fiscal, Poder Judicial de la Provincia de San Juan.

A su vez, es escritor publicado y premiado, conferencista, y Fundador de la plataforma educativa digital Academia Eiben (academiaeiben.com).

En carácter de Jefe de Trabajos Prácticos, creó y coordinó la Diplomatura “Formación para la gestión empresarial y entrepreneurship” del Instituto de Investigaciones Administrativas y Contables, Universidad Nacional de San Juan.

Completó los cursos “Majon Le Madrijim” de la Agencia Judía en Israel, “Mirkam” de Beit Hamejanej Haiehudí (BAMA) en Argentina, “International Leadership of the Americas” de The Fund For American Studies (TFAS) en Chile, y “Local politics and citizens participation” de Fundación Friedrich Naumann en Alemania. También se certificó en Marketing Digital por Neetwork Digital Business School; y en Coaching por The Society of Neuro Linguistic Programming, y por Fundación Instituto Latinoamericano de Desarrollo Social y Salud de la Provincia de Tucumán.

Al momento de publicar la primera edición de este libro, es alumno de la Ayn Rand University, la escuela online de filosofía del Ayn Rand Institute.

ACADEMIA EIBEN

E³

Ezequiel Eiben Ediciones