

REVISTA

DE LA ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO



ESCUELA DEL
CUERPO DE
ABOGADOS DEL
ESTADO



Procuración del Tesoro
Presidencia de la Nación

REVISTA DE LA ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO



ESCUELA DEL
CUERPO DE
ABOGADOS DEL
ESTADO



Procuración del Tesoro
Presidencia de la Nación

ÍNDICE

A MODO DE PRÓLOGO – Por Bernardo Saravia Frías

EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO EN CLAVE CONVENCIONAL – Por María Gabriela Ábalos

<i>I. Introducción.</i>	12
<i>II. El poder judicial y su rol político institucional con los aportes del neoconstitucionalismo</i>	13
<i>III. El activismo judicial y el control de convencionalidad.</i>	17
<i>IV. El activismo judicial y el derecho administrativo. En particular en relación con las medidas cautelares contra el Estado</i>	23
<i>V. Algunas conclusiones</i>	42

LOS MODELOS DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU INFLUENCIA EN EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Por Alberto B. Bianchi

<i>I. Introducción.</i>	48
<i>II. Una teoría sencilla y una realidad compleja.</i>	49
<i>A. Orígenes y formulación.</i>	49
<i>B. Las críticas</i>	53
<i>C. Los tres modelos de la separación de poderes.</i>	54
<i>III. El modelo británico.</i>	55
<i>A. La soberanía del Parlamento</i>	56
<i>B. La separación entre los jueces y el Parlamento.</i>	58
<i>C. La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes.</i>	60
<i>D. La separación entre el Parlamento y la rama ejecutiva.</i>	61
<i>IV. El modelo francés.</i>	64
<i>A. Inestabilidad constitucional y estabilidad administrativa.</i>	64
<i>B. La noción francesa de separación de los poderes y el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa.</i>	65
<i>C. La consolidación y evolución posterior del Consejo de Estado y la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa.</i>	67
<i>D. La Constitución de la Quinta República. El diseño de poder.</i>	68
<i>E. El control de constitucionalidad.</i>	70
<i>V. El modelo norteamericano.</i>	71
<i>A. Las bases del sistema y su evolución posterior.</i>	71
<i>B. El rol institucional de la Corte Suprema.</i>	72
<i>C. Dos teorías en competencia.</i>	73
<i>D. La interpretación funcional.</i>	73
<i>E. La interpretación formal.</i>	77
<i>F. El llamado “Estado administrativo”.</i>	78
<i>VI. ¿Tres modelos de Administración?</i>	79
<i>VII. Conclusiones.</i>	82

HACIA UNA ARMONIZACIÓN DE LAS CONCEPCIONES Y PRINCIPIOS – Por Juan Carlos Cassagne

<i>I. Distintos sistemas en el derecho comparado</i>	84
<i>II. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la “summa divisio” como categoría histórica</i>	85
<i>III. Crisis y evolución de la contratación pública</i>	91
<i>IV. Los dilemas clásicos de la contratación pública.</i>	94
<i>V. La influencia de la globalización.</i>	97
<i>VI. Reflexiones conclusivas.....</i>	99

LA FUERZA EXPANSIVA DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES – Por Adriana Tettamanti

<i>I. Aproximación al tema.....</i>	104
<i>II. Interpretación de la Ley del Consumidor. El nuevo Código Civil y Comercial.</i>	108
<i>III. Competencia.</i>	113
1. <i>Nación y Provincias.....</i>	113
2. <i>Alcance.....</i>	115
3. <i>Oportunidad del planteo.....</i>	117
<i>IV. Legitimación procesal – ampliación.....</i>	118
<i>V. Palabras finales.....</i>	123

LOS “HECHOS” EN EL PARADIGMA LEGALISTA Y EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA – Por Rodolfo Vigo

<i>1. La juridicidad fáctica la establecía exclusivamente el legislador.....</i>	127
<i>1’. Los hechos con su inescindibilidad jurídica.</i>	127
<i>2. Los hechos jurídicos reducidos a la ciencia de la ley.</i>	128
<i>2’. Los hechos jurídicos “jurisprudenciales” como enriquecimiento de las normas.....</i>	129
<i>3. Los hechos jurídicos procesales como casos fáciles.</i>	129
<i>3’. Los hechos jurídicos procesales como casos difíciles.....</i>	130
<i>4. El “juridicismo” de los hechos jurídicos.</i>	131
<i>4’. El conocimiento de los hechos desborda al jurista.</i>	131
<i>5. La teoría de las dos verdades.</i>	132
<i>5’. La verdad como condición de la justicia.....</i>	132
<i>6. La separación entre “quaestio facti” y “quaestio iuris”.</i>	133
<i>6’. La superación de la separación entre el hecho y su derecho.....</i>	133
<i>7. El proceso en clave iusprivatista y liberal.....</i>	134
<i>7’. La constitucionalización del proceso.</i>	135
<i>8. Los hechos se describen.....</i>	136
<i>8’. Los hechos y su valoración.....</i>	136
<i>9. El juez como “arbitro” pasivo.....</i>	137
<i>9’. El juez como director del proceso</i>	138
<i>10. La escasa atención de los peritos y su prueba.....</i>	138

<i>10'. La relevancia de la prueba pericial y científica.....</i>	<i>139</i>
<i>11. Las decisiones probatorias.</i>	<i>140</i>
<i>11'. La argumentación probatoria.</i>	<i>140</i>
<i>12. La petrificación de la cosa juzgada.</i>	<i>141</i>
<i>12'. La revisión de la cosa juzgada.</i>	<i>142</i>
<i>13. Criterio restrictivo o estricto de la admisibilidad de las pruebas.</i>	<i>143</i>
<i>13'. Criterio amplio de admisibilidad de las pruebas.</i>	<i>143</i>
<i>14. La escasa significación de la ética en el proceso.</i>	<i>144</i>
<i>14'. La dimensión ética del proceso y sus partes.</i>	<i>145</i>
<i>Conclusión.</i>	<i>146</i>

A MODO DE PRÓLOGO

Un prólogo es siempre un desafío mayúsculo. Especialmente si se trata de una publicación de tanto prestigio, como la de la Escuela de Abogados del Estado; más aún con autores tan valiosos y destacados como los que nos acompañan en esta edición.

La tradición que representa esta revista es longeva, y honra los principios republicanos de transparencia y publicidad de los actos, que respeta la Procuración del Tesoro de la Nación desde sus orígenes, hace más de 150 años.

Quienes hoy la representamos, tenemos el deber de preservar tan lustroso pasado, pero sobre todo de proyectarlo a futuro.

Esa tarea exige actualizarnos, mirando cara a cara y con los ojos bien abiertos los desafíos que acucian a quienes defendemos al Estado, y también a quienes tienen un interés en esos asuntos, sean académicos o profesionales.

Desde aquella definición de Felipe II allá en el Siglo XVI, cuando afirmara que el “Estado es una burocracia eficiente”, hasta hoy, mucho y también nada ha cambiado. En rigor, las tensiones y los desafíos siguen siendo parecidos.

Tal vez, gran parte del planteo se reduce a los dos componentes centrales que insinuaba el monarca español: la división del trabajo dentro de la administración pública, de un lado; y del otro, su vínculo con la sociedad.

Puesto en perspectiva, la base del problema permanece en gran parte inmutable. Lo que cambia es la modulación.

En largo tiempo histórico, el Estado ha pasado de su máxima expresión a su expresión mínima, para moverse en péndulo según el momento y la necesidad; lo que determinó el modo en que se relacionó con la sociedad a la que representa (o al menos debe representar).

Eso también marcó su estructura organizativa, dentro de cada poder, y a su vez, su relación con los otros.

Aún con esa base común que parece trascender el tiempo, muchos temas de actualidad cambian y otros se reeditan (por aquello de que “no hay nada nuevo sino lo que está olvidado”).

Esta edición electrónica es una muestra patente de esa mezcla: nuevos desafíos y otros clásicos, pero presentados con tanta profundidad y claridad, que le dan un presente y atractivo sin parangón.

Sólo resta agradecer a los autores e invitarlo a Ud., querido lector, a disfrutar de nuestra revista.

Bernardo Saravia Frías
Procurador del Tesoro de la Nación

**EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO EN
CLAVE CONVENCIONAL¹**

Por María Gabriela Ábalos

Sumario: *I. Introducción. II. El Poder Judicial y su rol político institucional con los aportes del neoconstitucionalismo. III. El activismo judicial y el control de convencionalidad. IV. El activismo judicial y el derecho administrativo. Especial referencia a las medidas cautelares contra el Estado. V. Algunas conclusiones.*

I. Introducción.

El objetivo del trabajo es analizar el rol del poder judicial y su injerencia en relación con las decisiones públicas, en este caso, a través de las medidas cautelares contra el Estado. Ello supone revisar las posiciones que defienden el activismo versus el garantismo judicial, la función del Poder judicial en la actualidad, sumándole la visión convencional y el rol de la magistratura en relación con las medidas cautelares contra el Estado.

Los jueces integran uno de los poderes que la Constitución establece en función del equilibrio orgánico del Estado, confiándoles el resguardo de la legalidad y la primacía de los preceptos constitucionales; y que en su evolución, al crecimiento de los otros poderes ha correspondido un correlativo ensanchamiento de las funciones jurisdiccionales. En sentido crítico se pone de resalto que es menos democrático que los "poderes políticos", a lo que se responde que si bien sus designaciones no se efectúan en forma directa, su legitimación democrática proviene de la forma y método que aplican al dictado de sus decisiones y, además, de la receptividad y acatamiento de las mismas por la comunidad.

En este contexto el Poder Judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa mediante el control de constitucionalidad por parte de cualquier juez y mediante los procesos

¹ En base a la exposición vertida en las XLIII Jornadas Nacionales y XIII Congreso Internacional de Derecho Administrativo, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 27, 28 y 29 de septiembre de 2017.

contencioso administrativos opera un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales. En este sentido, las posturas activistas y garantistas en relación con el actuar judicial frente a la Administración y la efectividad de tutela judicial de los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos dan respuestas muy diferentes. Cabe preguntarse si es posible encontrar respuestas equilibradas que se ajusten a los parámetros constitucionales y convencionales.

II. El poder judicial y su rol político institucional con los aportes del neoconstitucionalismo

La Constitución Nacional consagra un poder específico dentro de la estructura del Estado para asumir la función judicial, teniendo en sus manos la importantísima tarea de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, actos y normas y así controlar a los otros dos poderes del Estado. El Poder Judicial aparece como un órgano constitucional, complejo y especializado. Es constitucional por hallarse expresamente consagrado en la Constitución formal, es complejo tanto en virtud de la estructura orgánico – funcional (art. 108 C. Nac.) como de la organización federal del Estado (art. 5 C.Nac.), y es especializado en cuanto tiene a su cargo la administración de justicia sometida al principio de legalidad dentro del marco constitucional².

La función judicial es de fundamental jerarquía porque está en la etapa de la aplicación de la ley, que es cuando ésta realmente se hace derecho y justicia al singularizarse en los casos concretos. La Corte Suprema se ha referido reiteradamente a la importancia de la función judicial, por ejemplo cuando afirmó que "la jurisprudencia tiene valor análogo al de la ley; no es una norma nueva, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide"³. Ya Alberdi, en las *Bases*, había dicho que "la ley, la Constitución,

² Juan Fernando Segovia; "La independencia del Poder Judicial y el Estado de Derecho"; en Dardo Pérez Guilhou y otros; "El Poder Judicial"; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Ed. Depalma; Bs.As.; 1989; pág. 145.

³ CSJN. "Cía. de Electricidad de los Andes S.A. c. Municipalidad de Mendoza" el 27 de diciembre de 1944. (LL. 37-517).

el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que en último resultado, es quien los hace realidad o mentira”⁴.

El constitucionalismo norteamericano influye en la organización y función de la tríada de los órganos de poder, donde el órgano judicial desempeña un papel fundamental. Pérez Guilhou rescata la vieja tradición inglesa que se continuaba en el régimen de las colonias, donde el juez y el legislador tenían ambos formidable poder en unas funciones. En la Inglaterra de 1776, cuando comenzó la guerra de las colonias, el juez ya estaba subordinado al legislador como lo pinta Montesquieu, pero en América no era así y por eso no va a resultar difícil consagrar el control jurisdiccional de constitucionalidad. En Estados Unidos siguió en pie la mezcla de funciones judiciales y políticas. El poder judicial para declarar qué es la ley se convirtió en el poder judicial- legislativo mixto que dice a la legislatura qué no puede ser la ley⁵.

En este contexto será la Corte norteamericana presidida por el juez Marshall, la que explícitamente sostendrá en 1803 en el caso “Marbury vs Madison” el poder de los jueces de revisar las leyes del Congreso si no se conforman con la Constitución. Pocos años después, en 1810 en el caso “Fletcher vs Peck” extendió ese poder de control a las leyes locales que no se conciliaran con la Constitución⁶. Esta creación doctrinal de la Corte norteamericana que le da un formidable poder político tuvo que ver también con una necesidad histórica. Luego de la revolución de 1776 hasta que se dictó la Constitución de 1787 se produjo un proceso revolucionario en los estados locales que amenazaba con poner en peligro los resultados de la guerra de la independencia. De ahí la necesidad de contar con un tribunal superior que, hiciera

⁴ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*; Ed. Francisco Cruz; Bs.As.; 1914; cap. XVI; pág. 95.

⁵ PÉREZ GUILHOU, Dardo, “El Poder Judicial: órgano político y estamental”; en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *El Poder Judicial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; ob.cit.; pág. 83. Continúa el autor refiriendo que “Por ello no hay que sorprenderse que en la Convención de Filadelfia de 1787, de los treinta y un abogados que había entre sus cincuenta y cinco delegados, diecisiete de ellos fueran partidarios del control jurisdiccional de constitucionalidad. Es que éstos se habían desempeñado como jueces.

⁶ VANOSSI, Jorge, *Teoría constitucional*, tomo II; 2da. Ed. Actualizada; Ed. Depalma; Bs.As.; 2000; pág. 82. Ver entre otros a TORICELLI, Maximiliano, *El sistema de control constitucional argentino*, Ed. Lexis Nexis; Bs.As.; 2002; SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Ed. Lexis Nexis; Bs.As.2006; HARO, Ricardo, *Control de constitucionalidad*, 2da.edic.; Ed. Zavalia; Bs.As.; 2008; BERCHOLC, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Ed. Ediar; Bs.As.; 2004.

respetar el orden nacional, la Constitución asegurando su supremacía sobre las decisiones de las legislaturas locales⁷.

Nuestro país tomó los lineamientos norteamericanos de la doctrina del control de constitucionalidad por lo que el poder judicial tiene en sus manos una herramienta formidable. El juez aparece como órgano de poder del Estado y como garantía de los derechos o libertades de las personas. Para el primer aspecto valen, sin lugar a dudas, las palabras de Oyhanarte cuando hace participar a los jueces en la función gubernamental, y en especial la Corte Suprema cuando desempeña una elevada función política pues sin su exequátur las decisiones políticas fundamentales no tienen posibilidad de materializarse. Como afirma Loewenstein, “el control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los detentadores del poder es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control dejan de ser órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituido”⁸.

La visión del poder judicial se completa en nuestros días con el aporte del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo⁹, el cual pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a regir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX, que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, como son las Constitución Española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991¹⁰.

Aparece un nuevo modelo de organización jurídico político o de Estado de derecho, una teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo, que incluso incluye la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de

⁷ BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Ed. Catedra Jurídica; tomo I; Bs.As.; 2008.

⁸ LOEWENSTEIN, Carl, *Teoría de la constitución*, Ed. Ariel; Barcelona; 1965; pág. 209.

⁹ SANTIAGO, Alfonso (h), *Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, *Dikaion*, Vol. 22, Núm. 17, diciembre, 2008, pp. 131-155; Universidad de La Sabana; Colombia.

¹⁰ CARBONELL, Miguel, “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto” en *Teoría del Neoconstitucionalismo*; Ed. Trotta; Madrid; 2007; págs.9/10. También del mismo autor; “El nuevo tiempo para el Constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, pág.9.

derecho¹¹. Como consecuencia de ello también ha cambiado la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales con parámetros interpretativos nuevos, así entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, etc. A ello se suman desarrollos teóricos novedosos que no solamente sirven para explicar un fenómeno jurídico sino para crearlo. Los aportes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Prieto Sanchís, Ferrajoli han servido para comprender las nuevas constituciones y también a crearlas. Carbonell hace mención a la influencia de Alexy en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, Ferrajoli en la Suprema Corte de México, Zagrebelsky y su incidencia como magistrado de la Corte Constitucional italiana.

En relación con la actividad judicial se destacan las siguientes notas: 1. El protagonismo social creciente de los poderes judiciales. 2. El avance del poder judicial sobre las llamadas cuestiones políticas y la expansión de la justiciabilidad de todos los problemas. 3. La participación creciente de la función judicial en las funciones en otro tiempo reservadas a la legislación. 4. El incremento de una “jurisdicción nomogenética¹², como resultado de la acción supletoria de la Corte Suprema, ante la crisis de la constitucionalidad y los vacíos que quedan abiertos a partir de la parálisis del funcionamiento armónico de la división de poderes.¹³ 5. La tendencia creciente de los órganos legislativos y administrativos hacia una mayor delegación de funciones a los órganos jurisdiccionales. 6. La ampliación de los márgenes de acceso a la justicia para la resolución de controversias en otro tiempo ajenas a la intervención de los magistrados. 7. La expansión del “debido proceso” a campos muy diversos de la actividad estatal y de la propia vida social. 8. La

¹¹ PRIETO SANCHÍS Luis; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta; Madrid; 2003; pág.101.

¹² Cfr. Por ejemplo SAGÜES Sofía; “La jurisdicción nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en LL marzo 2008.

¹³ En diversos pronunciamientos puede advertirse un recurso del Tribunal a las sentencias aditivas. Con esta denominación se refiere a “la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros -sentencias “integradoras”-, se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal. También cabe una referencia a las sentencias exhortativas –apelativas o “con aviso”, en las que, ante la ausencia de soluciones legislativas acordes con la Constitución, la Corte encomienda al Poder Legislativo la sanción de nuevos textos legislativos, destinados a paliar la insuficiencia de los vigentes.

inserción de la justicia en el conjunto de los mecanismos sociales destinados a velar por el control de “corrección política” de los procesos políticos y sociales. 9. La expansión del control de constitucionalidad tanto en lo referido a sus contenidos como a sus métodos y formas de habilitación de ejercicio de los derechos.

Se advierte claramente un creciente proceso de “judicialización” de la vida social y política que, entre otros factores, se debe a la expansión del control de constitucionalidad de las leyes y la universalización de las diversas modalidades de control difuso, en especial la proveniente de la tradición constitucional norteamericana. La posibilidad de que las leyes, reglamentos y decisiones de los ejecutivos puedan ser controladas y aun prevenidos a través de remedios excepcionales, asistidos incluso por medidas cautelares capaces de paralizar su efectividad en defensa de libertades y derechos fundamentales amenazados en su integridad, ha aumentado el poder de los jueces como guardianes de la Constitución.

III. El activismo judicial y el control de convencionalidad

A. En los últimos treinta años de relaciones entre la justicia y la sociedad un dato constante ha sido sin duda el sesgo activista que ha caracterizado a la judicatura argentina, siendo para unos, un debate poco original ya que sólo reproduciría, en buena medida la discusión internacional entre “activismo” y “*judicial restraint*”, mientras que para otros, lo que estaría en juego sería algo mucho más importante: el papel y la función de los jueces en un contexto de fragmentación de las estructuras institucionales, en el que cada poder –de derecho o de hecho, legítimo o no legítimo– lucha por expandir su influencia y ampliar y ocupar los espacios vacíos del sistema¹⁴.

En este marco se plantea la existencia de un conflicto que enfrenta a quienes propician el activismo responsable del juez, frente a los que sostienen que esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso en el marco del garantismo procesal¹⁵. Se contraponen por un lado, la visión tradicional del juez en su despacho, en su hábitat, aislado del mundo y atento a las

¹⁴ ZULETA PUCEIRO Enrique; “Lógica política y cultura constitucional. Reflexiones en torno al activismo judicial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Constitucional, Bs.As., 16 de septiembre de 2014.

¹⁵ GOZAÍNI Osvaldo, “El Neoprocesalismo” en LL. 2005-E:1328.

causas que le llegan en estado de dictar sentencia, versus la posición del juez que también actúa contestando los interrogatorios de la prensa, haciéndose parte en los grandes problemas del estado nacional, provincial y municipal, marcando muchas veces la agenda pública.

Por un lado, se advierte que la comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado¹⁶, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fantoche, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes; b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido, que no es otro que el de “afianzar la Justicia” como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados¹⁷ que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben –muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas-, diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, la indexación y luego la desindexación judicial, los mecanismos judiciales creados para dar respuestas a la última emergencia económico-financiera, etc.

En esta posición, el juez activo o director es aquél que ejerce sus facultades y sin dejar de respetar la igualdad de las partes y el debido contradictorio, dispone de ciertas iniciativas (probatorias o no) para que el proceso no sea un mero juego de estrategias y ficciones. En esta línea, la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia sino más bien un estímulo, puesto que "...el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley. Porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución

¹⁶ PEYRANO Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en *Activismo y garantismo procesal*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2009. Ver también a SAGÜÉS Néstor P., “Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, del “juez investigador” y del “juez preservador” en el derecho procesal constitucional”; presentado en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 26 al 29 de agosto de 2009, en la ciudad de San Miguel de Tucumán.

¹⁷ PEYRANO Jorge W.; “Acerca de los instrumentos operativos procesales” en *Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales*; Ed. Juris; Rosario; 2002, tomo 1, pág. 163: “Los jueces, acuciados por su deseo y por su deber de hacer justicia en el caso concreto, no encuentran, muchas veces, respuestas adecuadas en los textos legales procesales que de ordinario padecen (debemos confesarlo) un cierto grado de retraso respecto de las urgencias y de las necesidades de la hora actual ...”.

así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la Justicia. Con ley, sin ley o contra la ley", de esta forma, los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio¹⁸.

En contraposición, el garantismo es definido como la postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes donde el juez debe ser imparcial (independiente) e *imparcial* (es decir, equidistante de ambas partes). Este juez dirige el debate entre las partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De ese modo, todo el proceso queda gobernado por el principio dispositivo, según el cual no hay proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Con esas bases, esta escuela concluye que “*El activismo judicial violaría las reglas de bilateralidad y contradicción*”¹⁹. Se plantea de este modo un antagonismo, una disyuntiva frente a la cual parecería que el juez debe ser garantista y que todo intento de activismo es disvalioso. En consecuencia, al paradigma del “juez director” se opone la postura de quienes, enrolados en la tesis “garantista”, cuestionan las facultades crecientes de los jueces en el proceso civil, sosteniendo que el verdadero poder de los magistrados no estaría en la dirección del proceso sino en la sentencia y, por ello, en la elección de los hechos a juzgar y en la posterior elección de la norma que se aplicará a esos hechos para solucionar el litigio²⁰.

B. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene imponiendo un claro activismo judicial frente al *self restraint* principalmente desde su composición a partir de 1983. Ello se observa en casos emblemáticos como Sejean²¹ que refleja el activismo en lo procesal, en la resolución de conflictos de poderes y en la fijación o

¹⁸ PEYRANO Jorge W., “Sobre el activismo judicial”; en LL. 2008-B, 837. Ver también a COLOMBO MURÚA Ignacio, “Una aproximación hermenéutica al activismo judicial”; en LL 2012-B, 998. Cita Online: AR/DOC/1202/2012.

¹⁹ ALVARADO VELLOSO Adolfo; *Lecciones de derecho procesal*; Ed. Astrea; Bs.As.; 2016, Conf. GOZAÍNI Osvaldo; *Problemas Actuales del Derecho Procesal, Activismo versus Garantismo Procesal*, Querétaro, Fundap, 2002, pág. 10.

²⁰ ALVARADO VELLOSO Adolfo y ZORZOLI Oscar, (directores) *Los sistemas procesales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

²¹ CSJN. “Sejean, Juan B. contra Zaks de Sejean”, 1986, Fallos 308:2268.

consolidación de los valores de la sociedad argentina²². En este camino, se elabora una teoría del activismo dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema perfilando distintas interpretaciones (el juez que pronuncia el derecho, el juez que interpreta, decide y crea el derecho, el juez “contra legem”, el juez como amigable componedor, el juez como colaborador de las partes, el juez como ingeniero social)²³.

Este activismo de la Corte Suprema no solamente se visualiza en decisiones judiciales sino también en el accionar desplegado a través de las Conferencias Nacionales de jueces, de los discursos pronunciados bajo la presidencia del juez Lorenzetti y de las acordadas. Por ejemplo en el discurso de apertura del año judicial del presidente referido del 2013, conmemorando además los 150 años del Tribunal, decididamente afirma que *“El juez pasivo debe dar paso al juez activo. Durante muchos años el Poder Judicial y la Corte cumplieron un rol pasivo, de autorrestricción, lo cual hizo que el Poder Judicial fuera un lugar donde se restringían derechos como instrumento de control social. Nosotros desarrollamos un rol activo, con casos de agenda pública, que llevan a un diálogo de poderes. La Corte es un lugar donde se expanden derechos y se abren las puertas para cooperar en la transformación de un país”*²⁴.

En la doctrina argentina se suman voces que sostienen que el “activismo judicial” ha permitido aumentar y revalorizar las funciones del Poder Judicial, sean estos nacionales o provinciales porque al tener como última instancia de revisión - por medio del recurso extraordinario-, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la justicia debe considerarse como poder único. Ahora bien este instituto es visualizado como el eje por la cual giran varias variantes: el rol del juez (funcionabilidad y

²² MORELLO Augusto M.; “El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”; en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2da. Época, Año XXXII, 1988, pág. 63. Ver también MANILI Pablo, “El activismo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” Año LXX N°47;1 de Agosto de 2006; pág.1, ÁBALOS María Gabriela, “Democracia y función judicial. El activismo decisonal en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014; Fundación Konrad Adenauer; Colombia; 2014, págs. 251/270, entre otros.

²³ BERIZONCE Roberto, “El activismo de los jueces”, en LL. 1990-E-920.

²⁴ Discurso de apertura del año judicial 2013. Inauguración del año judicial y 150 aniversario de la Corte Suprema. Discurso del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti LL Sup. Act. 28/02/2013, 28/02/2013, 1.

características), la inconstitucionalidad por omisión y de oficio y garantías constitucionales²⁵.

También se habla de un “activismo cívico”²⁶, propuesto como la fuerte participación de los ciudadanos en la vida política (sea local, regional o nacional), y supone la dedicación a la acción en la vida pública; y un “activismo judicial” como forma deliberativa de actuación del juez, superadora del juez “elitista” y del juez “populista”. Esta posición del juez activista se sostiene que se inicia en los Estados Unidos y en nuestro país transita por la reforma constitucional de 1994 y la crisis de 2001 a partir de lo cual se consagra esta actividad refundadora que deberían asumir los magistrados.

Esta impronta no es privativa de los Superiores Tribunales nacional y provinciales, ya que es usual encontrar al magistrado de cualquier instancia, federal o provincial, en su rol de director del proceso, siguiendo los códigos de forma pero también adoptando un rol “activista”, en actitudes concretas que abarcan desde la organización de su tribunal hasta la interpretación del derecho, dándole cabida a creaciones pretorianas que se adelantaron a las reformas legislativas, como es el caso de la audiencia preliminar, la tutela anticipada, las medidas autosatisfactivas, las audiencias públicas, entre otras.

Este activismo además se ha materializado recientemente en el derecho civil y comercial puesto que el *judicialismo* gobierna toda la estructura del ordenamiento legal de fondo que nos rige desde el 1 de agosto de 2015, señalándose que se trata de un Código elaborado por jueces y destinado a conferir un gran protagonismo a los jueces²⁷.

C. Por su parte, los lineamientos del control de convencionalidad diseñados por la Corte IDH y luego receptados en buena medida por la Corte Suprema de

²⁵ MARANIELLO Patricio; “El activismo judicial una herramienta de protección constitucional”, conferencia dada en la provincia de Formosa, organizada por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, el día viernes 31 de octubre de 2008.

²⁶ GARGARELLA Roberto; “Dar de nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical”; en Colección ¿Más derecho? No.2 Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana”, Juan Otero, director, 2002; pág. 61.

²⁷ Así lo expresa RABBI BALDI CABANILLAS Renato, "Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, de RIVERA Julio C., Director y MEDINA Graciela, Coordinadora, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, ps. 38 y sgtes. También ver a MASCOTRA Mario; “Función social del juez en el Código Civil y Comercial”, LL. 26/05/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/605/2016, entre otros.

Justicia argentina, conducen a acrecentar el rol activista de la judicatura. Ello así porque dicho control de creación pretoriana, aparece perfilado desde el año 2006 en los casos "Almonacid Arellano vs. Chile"²⁸, "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú"²⁹, "La Cantuta vs. Perú"³⁰, y luego completado entre otros, en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México"³¹, como un control difuso y de oficio en manos de los jueces domésticos en un primer momento, quienes deben cuidar que las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes internas que resulten contrarias a su objeto y fin, extendiéndose a las autoridades públicas vinculadas a la administración de justicia, como se esbozó en el caso "Gelman"³².

Este control de convencionalidad exige conocer no solamente el texto expreso de la Convención sino también la interpretación que del mismo realizada la Corte IADH como su intérprete final. Se abren entonces dos perspectivas de este control, por un lado, el control concentrado, es decir, el que se realiza en sede internacional acuñado como el mecanismo de protección que ejerce la Corte Interamericana con el objeto de analizar la compatibilidad existente entre el derecho interno y la Convención, y al resolver el caso, puede eventualmente disponer la modificación, derogación, anulación o reforma de normas o prácticas internas en aras a una mayor protección de los derechos humanos en juego. Por otro lado, el control difuso que es el que se realiza en sede interna, y llevan a cabo los operadores locales, impuesto como un control difuso aunque con el mismo efecto reformador derogatorio de las normas o prácticas según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros

²⁸ CIDH, Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" 26 de septiembre de 2006 (www.corteidh.or.cr). Ver entre otros a Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en La Ley 2009-D, 105, también a Adelina Loiano; "El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo"; en Susana Albanese (coord.); "El control de convencionalidad"; ob.cit.; pág. 122.

²⁹ CIDH, "Trabajadores Cesanteados del Congreso versus Perú", 24 de noviembre de 2006 (www.corteidh.or.cr).

³⁰ CIDH, "La Cantuta versus Perú", 29 de noviembre de 2006 (www.corteidh.or.cr).

³¹ Corte IDH Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 24. (www.corteidh.or.cr).

³² CIDH, Caso "Gelman contra Uruguay", 24 de febrero de 2011 (www.corteidh.or.cr). También de la CIDH, del 20 de marzo de 2013, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia.

instrumentos internacionales fundamentales en este campo³³.

Ello así entonces el poder de los jueces en el marco del control de convencionalidad es formidable tanto en relación con los jueces interamericanos como de los domésticos, los primeros ejerciendo un control concentrado y los segundos, un control difuso, con efecto derogatorio y de oficio.

IV. El activismo judicial y el derecho administrativo. En particular en relación con las medidas cautelares contra el Estado

Los principios analizados en relación con la administración pública ponen de resalto que *“el cambio de perspectiva es completo, por tanto, y más si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales son de rango superior y de aplicación preferente, como ‘fundamento del orden político y de la paz social’ (cita de García de Entrerría del art. 10.1 de la Constitución española) frente a simples comodidades de gestión de los aparatos administrativos, por ventajosos que puedan resultar para su funcionamiento expeditivo”*³⁴.

En este sentido, afirma Pérez Hualde que este cambio se visualiza también a través de la actividad judicial, puesto que los magistrados invocan su facultad de “ponderación” de los principios, valores y normas constitucionales y “supraconstitucionales”, para cubrir con su activismo los espacios que, según su criterio, deben ser corregidos, cuando no –en caso necesario- completados, en el orden legislativo y –por qué no- también constitucional –cuando se mueven en el terreno de la “omisión” inconstitucional o (aún) “inconvenional”-.

“Aparece como un esfuerzo en vano para la Administración el buscar hacer pie en el principio de legalidad formal estricto cuando éste ya ha sido rebasado por la expansión notable de la constitucionalización y de las convenciones propias de la

³³ BAZÁN Víctor; “Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas”; La Ley 04/04/2012, 04/04/2012, 1- La Ley 2012-B, 1027, del mismo autor “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”; en Sup. Act. La Ley 01/02/2011, 01/02/2011, 1, también de ÁBALOS María Gabriela, “Control de Constitucionalidad y de convencionalidad: su imprescindible armonización”; en *Derechos humanos y control de convencionalidad*, MIDÓN Mario A.R., director; LUQUE Carlos D., compilador; Ed. Contexto; Resistencia, Chaco; abril de 2016; págs. 125/167, entre otros.

³⁴ GARCÍA DE ENTRERRÍA Eduardo; *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 55, citado por PÉREZ HUALDE Alejandro, “El juez de amparo y la “constitucionalización del derecho administrativa”; en ARIAS, Verónica, COMADIRA, Julio, comp.; “El estado constitucional de derecho y el derecho administrativa”, RAP, Bs.As., 2017, págs. 523/534.

globalización. La Administración se ve constreñida a sujetarse y obedecer órdenes que no tienen soporte preciso, gramatical y expreso en el marco legislativo que tradicionalmente la condicionó; con que debe bucear en la Constitución y en los ordenamientos internacionales, y con que son ahora los jueces –a veces extranjeros– los que le dicen cuáles de esas normas legales puede aplicar por ser ajustadas a la constitución y a las convenciones y con qué alcance”³⁵.

Cabe analizar estos aspectos en relación con la actividad judicial frente a las medidas cautelares y en particular a las que involucra al Estado.

A. La figura cautelar aparece como una herramienta de la eficacia. Como bien refiere Gozaíni, el planteo de las medidas cautelares gira en torno al reconocimiento de la existencia de una demora implícita del procedimiento, y en la imposibilidad de llegar a tiempo con la respuesta que se pretende³⁶. El sistema cautelar se encuentra influido por la tensión que provoca la demora de los procesos de cara a los requerimientos de la tutela judicial efectiva, en muchos casos constituye un producto directo de esa tensión que vuelca la sociedad en los jueces³⁷.

Estas medidas han ido evolucionando desde el aseguramiento del objeto del proceso (en cuyo caso no hay una pretensión cautelar sino un objeto específico que es la garantía de eficacia), a la finalidad ejecutiva (que manifiesta la posibilidad de resguardar la ejecución de la sentencia con medidas previas a ese objeto: embargo y secuestro); con cautelares de distinta naturaleza gracias a normas y previsiones especiales del legislador (la tutela cautelar material, inhibitoria, etc.); que con el aumento de los poderes de la judicatura para actuar con "prevención" dan lugar a la tutela preventiva autónoma no cautelar y con "urgencia" (tutela de urgencia no cautelar), hasta el más actual de los emplazamientos, como son las medidas de

³⁵ PÉREZ HUALDE Alejandro, “El juez de amparo y la “constitucionalización del derecho administrativa”; ob.cit.

³⁶ Gozaíni cita que en los orígenes de la ciencia, Chiovenda dijo que las cautelares tenían una finalidad preventiva y conservatoria con dos exigencias preliminares: justificación actual y asunción de riesgos. Es decir [...] "en la medida provisional es necesario distinguir su justificación actual [...]: La acción aseguradora es, pues, ella misma una acción provisional; pero esto importa que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, sea o no culpable". (GOZAÍNI Osvaldo A., “Medidas cautelares contra el Estado”, en LL. 2013 -C, 762).

³⁷ Así lo precisa Juan Carlos Cassagne en “Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el contencioso administrativo”, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009 (noviembre), 01/01/2009, 143. Cita Online: AR/DOC/3815/2009.

satisfacción inmediata (autosatisfactivas)³⁸.

En relación con estas medidas indudablemente el activismo judicial muestra el reforzamiento de las potestades de los tribunales a partir de las creaciones pretorianas enumeradas, desde la medida autosatisfactiva, la reposición in extremis, la llamada tutela anticipatoria, la medida cautelar innovativa, la medida conminatoria, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, entre tantos otros, muchas de las cuales se han plasmado luego en normas legislativas, lo que Peyrano justifica diciendo que la creatividad pretoriana razonable de los jueces se ha anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso³⁹.

B. Estos planteos van de la mano de las exigencias convencionales de tutela judicial efectiva, de plazo razonable en la duración de los procesos a que alude el inc. 1 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

La reforma constitucional nacional de 1994 introduce el inc. 22 del art. 75 que otorga jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, y ello obliga a tener en cuenta que el art. 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído, sino también, el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y que a su vez, el art. 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Así lo ha defendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *"Lociser"* del 26 de junio de 2012, diciendo que el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta ser un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional -derivado

³⁸ GOZAÍNI Osvaldo A., *Medidas cautelares contra el Estado*, ob.cit.

³⁹ PEYRANO Jorge W.; "Sobre el activismo judicial"; en LL. 2008-B, 837.

del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica-. En este sentido resolvió también que las garantías que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5, 18 y 33 CN) se integran con una rápida y eficaz decisión judicial (Fallos: 300:1102). Esta doctrina fue ampliada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que consignó que si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, en palabras de la mencionada Corte, *"cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal", pues "es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"* (Corte IDH; caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127)⁴⁰.

En este sentido, los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional a través de la resolución anticipada en audiencia convocada de oficio por el juez. Estas medidas se encuadran además dentro del art. 25 de la Convención ADH, que junto al amparo representarían medidas sencillas, rápidas y efectivas que protegen contra actos que violen los

⁴⁰ En particular en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina", del 27 de abril de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que *"El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En ese sentido, la Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso"*.

derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución, o las leyes⁴¹.

C. De esta forma, la protección judicial de los derechos en situaciones de urgencia frente a las autoridades públicas en nuestro país se materializa en general hasta mediados de los años noventa, por medio de las medidas cautelares y del amparo⁴², ampliándose a través de otras respuestas más rápidas y oportunas en aras a la protección de los derechos fundamentales como son las medidas autosatisfactivas, la tutela anticipatoria, etc.

Frente a las autoridades públicas que desarrollan función administrativa se ha dicho que las técnicas jurídicas de tutela inmediata de derecho pueden clasificarse según su objeto, en satisfactivas y no satisfactivas, las primeras encuadran al amparo, la cautelar positiva y la autosatisfactiva y dentro de las segundas, la suspensión de efectos del acto administrativo, es decir, medidas asegurativas de impronta cautelar⁴³.

Ahora bien, tratándose de actos administrativos que conforme al art. 12 de la ley 19.549 se presumen legítimos, gozan de ejecutoriedad y los recursos que se deduzcan contra aquéllos no suspenden su ejecución, la impugnación de los mismos requiere del agotamiento de la instancia administrativa previa, y en el contencioso administrativo clásico la única medida cautelar que se regulaba era la suspensión de los efectos del acto administrativo, salvo por un lado la excepción de las acciones de amparo y por otro lado, las medidas cautelares aplicándose los preceptos, principios y criterios pretorianos del derecho procesal al contencioso administrativo, poniendo de manifiesto el conflicto entre el interés particular del demandante y el público de la Administración demandada.

En el ámbito administrativo nacional, la ley 19.549 prevé, como la mayoría de las normas procesales administrativas de las provincias, la posibilidad de que la Administración suspenda la ejecución de los actos administrativos por razones de

⁴¹ CIDH Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de fondo, 24 de enero de 1998 párrafo 101. Y se agrega que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. (CIDH, Caso Cantoral Benavides vs Perú, sentencia de fondo, 18 de agosto de 2000, párrafo 163). (www.corteidn.or.cr)

⁴² SAMMARTINO Patricio M., “La tutela autosatisfactiva en el Derecho Administrativo y sus fundamentos constitucionales; en AA.VV., Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa”; Ed. Lexis Nexis; BsAs., 2007; págs. 453 y ss.

⁴³ SAMMARTINO Patricio *Amparo y administración. En el Estado constitucional social de derecho*, tomo I; Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.; 2012, págs. 82 y 83.

interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

Ahora bien los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados locales y sus municipios, en la mayor parte de las provincias, responden al modelo de justicia administrativa con competencia del Máximo Tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrándose en general, limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluida la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlando únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, estableciendo un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia, agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impidiendo que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública⁴⁴.

Cabe destacar la particularidad de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos se encuentran en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia de

⁴⁴ CABRAL Pablo O.; “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, SJA. 2013/06/12-9, JA. 2013-II. Cita Online: AP/DOC/1138/2013, señala este autor que un primer grupo histórico, encabezado por el Código Contencioso Administrativo Varela de la provincia de Buenos Aires de 1905 (hoy derogado) y seguido por las provincias de Salta, Mendoza, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, La Rioja, La Pampa, San Juan, Neuquén, Formosa, Santiago del Estero y Jujuy integran el modelo de la antigua justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la Administración regulado constitucionalmente como de competencia del Máximo Tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia, agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública. Mientras que otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones, Santa Cruz, Santa Fe, San Luis, Tucumán y Tierra del Fuego, ya que si bien fueron establecidos mediante leyes sancionadas en la década del 90, en algunos casos aun posteriores a la reforma constitucional de la Nación —1994—, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. Ahora bien, especial mención merecen se pueden ubicar las provincias de Chubut y Río Negro, que —al igual que la Nación— no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Buenos Aires, con la creación de un fuero descentralizado, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con cámaras de apelaciones), donde se abandona el modelo de justicia revisora de la actuación formal de la administración, se establece un amplio abanico de pretensiones procesales. En particular, el Código de la Ciudad, tiene prevista medidas urgentes en el art. 177 que dispone que *“las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida”*, es decir, los supuestos de autosatisfactivas. Y continúa *“Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas en este Código”*. Se advierte que como dice Gozaíni que aparecen presupuestos más elástico como: a) la modificación perjudicial del status quo, b) el perjuicio irreparable, c) la inoperancia de la sentencia, d) el cumplimiento imposible de ella, e) la complicación de saneamiento posterior, etc.⁴⁵.

También en el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires se establece que podrán disponerse medidas cautelares siempre que: a) Se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. b) Existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho. c) La medida requerida no afectare gravemente el interés público. Y agrega que el *“El juez podrá adoptar toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso, tanto las regladas en el presente Código como las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial”* y continúa *“podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada. A tal fin, el juez deberá ponderar, además de los extremos previstos en el inciso 1, la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar*

⁴⁵ GOZAÍNI Osvaldo; “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853; 23/05/2013, 73 cita Online: AR/DOC/1928/2013.

tanto a la demandada como a los terceros y al interés público” (art. 22), sin perjuicio de mantener la posibilidad de la suspensión de suspensión del acto (art. 25).

En materia de medidas cautelares resultaba notoria la ausencia de reglamentación propia para el ámbito contencioso administrativo nacional, lo que condujo a la doctrina tanto como a la jurisprudencia a adoptar, por analogía, el régimen previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, mayormente la prohibición de innovar que permitía obtener la suspensión de actos administrativos⁴⁶.

Varios son los ejemplos de medidas cautelares que adoptadas por la judicatura en las últimas décadas incidieron decididamente en políticas de gobierno. Como el caso de la justicia federal de Mendoza que dictó una medida cautelar que suspendió la vigencia de ley Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522 con efectos generales, es decir, con efecto erga omnes, con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite legislativa. Al llegar a la Corte Suprema se revocó el decisorio y el Tribunal alertó sobre la utilización de las medidas cautelares, la legitimación procesal, la división de poderes y el control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁷. En esta misma línea, la justicia civil y comercial federal concedió al Grupo Clarín una medida cautelar que suspendió la aplicación de dos artículos (41 y 161) de la misma ley, y la Corte Suprema afirmó que *“si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo de esta forma por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos”*⁴⁸.

Casos como los reseñados, y en particular la decisión de diciembre del 2012 de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, que postergó la vigencia de la medida cautelar que suspendía la aplicación de la desinversión prevista por la el art.

⁴⁶ Ver entre otros a COMADIRA Julio R.; "Las medidas cautelares en el proceso administrativo (con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto)", LL 1994-C, 699; CASSAGNE Juan Carlos; "Medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL 2009-E, 921; TOIA Bruno Gabriel; "La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional" en LL. 2015-E, 693. Cita Online: AR/DOC/2861/2015.

⁴⁷ CSJN. 15/06/2010, "Thomas". Fallos, 333:1023.

⁴⁸ CSJN. 05/10/2010, "Grupo Clarín". Fallos, 333:1885.

161 de la ley 26.522, de medios de comunicación audiovisual, en beneficio del Grupo Clarín, como la resolución de la Corte Suprema de Justicia que la confirmaba⁴⁹, pusieron el tema en el centro de la escena pública, lo que impulsó al Poder Ejecutivo nacional a anunciar el 1 de marzo de 2013 en la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso, el envío de seis proyectos de ley bajo la denominación de "Democratización de la Justicia", entre ellos, uno sobre las medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte.

Algunos dijeron que el origen de esta movida por parte del Ejecutivo residía en la contrariedad por sentencias judiciales que, si bien podían ser inobjetables desde el punto de vista legal, no habían satisfecho las aspiraciones hegemónicas de poder del oficialismo de ese momento, es más se hacía referencia en ese momento al "partido judicial", se requería la remoción de algunos jueces mientras se recusaba a casi todos los integrantes de un fuero, amenazado a jueces y familiares y, como telón de fondo, ha habido persistentes agravios de funcionarios gubernamentales y acólitos contra la dignidad de respetables magistrados⁵⁰.

En este contexto la nueva norma se sanciona en medio de un rápido y muy cuestionado tratamiento parlamentario en el que, los escasos discursos a favor y en contra de las propuestas, no lograron casi afectar su tenor inicial, una vez más, las mayorías partidarias operaron un efecto hegemónico similar al logrado en otras leyes emblemáticas promovidas por el oficialismo gobernante en ese momento. Así, la ley 26.854 (B.O. 30/04/2013) contiene una serie de aspectos que han suscitado interesantes críticas y aplausos⁵¹, respecto de los cuales solamente nos detendremos

⁴⁹ CSJN. 27/12/2012 "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares", LL. 31/12/2012,1.

⁵⁰ Así se expresaba Gregorio BADENI, en el diario La Nación del día 5 de marzo de 2013, bajo el título "Justicia populista no es justicia democrática".

⁵¹ Pueden citarse algunos artículos como BIGLIERI Alberto, "Las medidas cautelares contra el Estado. Primeras observaciones desde la práctica abogadil"; CASSAGNE Ezequiel, "El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854"; DJIVARIS Jorge, "El proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como bases fundamentales del estado de derecho"; GIL DOMÍNGUEZ Andrés, "La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)"; GOZAÍNI Osvaldo, "Las medidas cautelares ante la ley 26.854"; MIDÓN Marcelo S., "Medidas cautelares requeridas contra el Estado Nacional. Botiquín de inocuos placebos"; OTEIZA Eduardo, "El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854"; POZO GOWLAND Héctor y ZUBIAURRE Ramón, "La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854"; ROJAS Jorge A., "El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado"; SACRISTÁN Estela B., "El concepto de interés público en la ley 26.854"; VERBIC Francisco, "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos", todos ellos en "Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26854", Suplemento Especial La Ley (mayo de

en aquellos que pongan de manifiesto la tensión entre los distintos roles judiciales, legislativos y de la administración, mostrando también la necesidad de equilibrar la protección de los derechos y el interés público.

En relación con las facultades judiciales hay que distinguir entre los aspectos procedimentales del trámite para disponer una medida cautelar, y la sustancia de las mismas, advirtiendo las grandes controversias doctrinarias al respecto. En efecto, cabe el análisis de las medidas admisibles de los arts. 13 a 15, dentro de la previsión legal y fuera de ella, como así también la competencia judicial y los derechos fundamentales (art.2), la idoneidad del objeto de la medida (art.3), el informe previo y la medida interina (art.4), la vigencia temporal (arts. 5, 6, 7), afectación de recursos o bienes del estado (art.9) donde cabe preguntarse si prevalecen los aspectos de ponderación o de discrecionalidad judicial.

En este sentido, la ley N° 26.854 dispone que se aplicará contra todas las pretensiones cautelares que se entablen contra el Estado y/o sus entes descentralizados y en opinión de Gozaíni, al final cierra excluyendo la vía cuando se trate de juicios de amparo donde sólo será aplicable la bilateralidad antes de resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares (art. 4), ya que estas medidas se diferencian del amparo puesto que deben dictarse con la eficacia que se tiene que conseguir para un proceso subordinado, mientras que el proceso constitucional tiene

2013); BASTERRA Marcela I., "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854", en REGUEIRA Enrique, (dir.), "Estudios de derecho público", Ed. Asociación de Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Social, Universidad de Buenos Aires; ESPINOZA MOLLA Martín R., "Dos aspectos estructurales del nuevo régimen cautelar de la ley 26.854: la amplitud de las potestades procesales del Estado y la incidencia del interés público como presupuesto de fundabilidad negativo", ED del 16/8/2013, y "Comentarios a la nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado nacional o sus entes descentralizados", RD Amb. 89, sept. 2013; CABRAL Pablo O., "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como un política de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", JA 2013-II, CUESTA Ricardo, "La nueva ley de medidas cautelares en los casos en que el Estado nacional es parte. Protección del interés público y derechos fundamentales", Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica, DIEGUES Jorge Alberto; "Medidas cautelares contra el Estado. Aplicación jurisprudencial de la ley 26.854"; en LL 20/04/2016, 20/04/2016, 11. Cita Online: AR/DOC/509/2016, ACCORINTI Susana S.; "Las medidas cautelares y el Estado nacional. Nuevo régimen legal. Interés tributario"; IMP 2013-6, 23, SALGÁN RUÍZ Leandro Gonzalo, "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26854", SJA 2013/06/12 - 57 - JA. 2013- II. Cita Online: AP/DOC/1048/2013, entre otros.

autonomía para cualquier medida provisional, aunque la ley 16.986 dé preferencia a la de no innovar⁵².

En relación con el rol del juez cabe distinguir los siguientes aspectos:

1. En primer lugar se advierte que la norma específica tres clases de medidas: la suspensión de los efectos de un acto estatal en el art.13, la medida positiva en el art. 14, y la medida de no innovar en el art. 15, con sus requisitos y presupuestos propios. Entre los requisitos genéricos para las tres medidas se identifican la verosimilitud del derecho; que la medida cautelar sea necesaria para evitar perjuicios graves de imposible reparación ulterior; y la no afectación del interés público, y entre los específicos de la medida suspensiva, la previa petición en sede administrativa de la suspensión de efectos, como también lo exige por ejemplo el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, (art. 25 inc. 2)⁵³.

Para una parte de la doctrina, las previsiones normativas producen la ordinarización del procedimiento cautelar ya que se exige la tarea de acreditación que se opone a la simple comprobación de la verosimilitud del derecho que se invoca, y pone en juego la actividad de la jurisdicción que evaluará la concesión de la medida de la que se trate y, que en modo alguno, puede ser sustituida por el legislador creando una norma que persigue estereotipar conceptos de modo de transformar en rígido aquello que requiere de la necesaria flexibilidad para su adaptación a las circunstancias concretas en las que debe aplicarse⁵⁴. Frente a ello, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, pronunciándose respecto del art.

⁵² Continúa GOZAÍNI indicando que “El encuadre formula diferencias entre modelos y presupuestos, porque las cautelares que se pidan en los juicios de amparo van a depender de los casos que se planteen; por ejemplo: a) Si el acto público o de un particular constituye una vía de hecho consumada, la medida cautelar será inoficiosa porque las consecuencias se habrían cumplido y sólo se podría resolver una reparación; b) si la medida está cumpliéndose y la lesividad es continua, la precautoria puede suspender la agresión; c) si la acción se deduce contra un caso de amenaza, evidentemente la medida de no innovar admite mantener los hechos como están, hasta que se resuelvan en definitiva; d) pero también el juez puede disponer una medida anticipatoria, que obrando dentro del marco de urgencia y expeditividad que el amparo requiere, lo faculta para anticipar los resultados que, de otro modo, no llegarían a tiempo. (GOZAÍNI Osvaldo; “Medidas cautelares contra el Estado”; LL. 2013-C-762).

⁵³ Así lo señala TOIA Bruno Gabriel; “La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional”, ob.cit.

⁵⁴ ROJAS Jorge A.; “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853, LL 23/05/2013, 125. Cita Online: AR/DOC/1938/2013. Arazi por su parte ha señalado que “Los requisitos impuestos para el otorgamiento de las medidas cautelares demuestran el intento del legislador de terminar con ellas cuando se trate de juicios contra el Estado. La mención de la ley al previo agotamiento de la vía administrativa contradice la esencia de las medidas cautelares que suponen la urgencia de la decisión por el peligro en la demora”. (Roland Arazi, en SJA 2013/06/12-3. JA 2013- II. Cita Online: AP/DOC/1042/2013.

6 referido al carácter provisional de las medidas cautelares y del art. 13 sobre suspensión de los efectos de un acto estatal, indicó que "no se observa que los mismos puedan afectar garantías o preceptos constitucionales o transgredan en modo alguno la naturaleza propia de las medidas cautelares, pues de su lectura no se desprende que se hubieran introducido modificaciones sustanciales al régimen previsto en el art. 210 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y a la jurisprudencia interpretativa de las respectivas disposiciones, con relación al carácter provisional de las medidas de esa clase y a los requisitos exigidos para su procedencia", también dijo lo mismo respecto al art. 15 de medida de no innovar⁵⁵.

2. En segundo lugar, hay una referencia especial a los derechos económicos, sociales y culturales (sectores vulnerables, vida digna, salud, derechos alimentarios y ambientales). En efecto, el art. 2 señala que las medidas dictadas por juez incompetente sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, también tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental (art.2).

Este punto ha sido aplaudido por haber alineado el ordenamiento interno a las exigencias que vienen impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos y por la concretización del principio de igualdad en los términos que lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir, se dispensa un trato diferente a quienes se encuentran en situaciones distintas⁵⁶. Mientras que ha sido criticado por presentar un trato desigualitario que se genera con la concepción de estas excepciones, que no deben ser tales sino que deben constituir una regla o principio elemental a observar, es que por esa vía se violenta el principio de división

⁵⁵ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, "SKF Argentina S.A v. Estado Nacional — Ministerio de Economía", expte. 40.275/2013/CA1, resolución del 30/5/2014. También en C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, "SKF Argentina S.A v. Estado Nacional — Ministerio de Economía", expte. 40.911, resolución del 3/6/2014.

⁵⁶ TOIA Bruno Gabriel; "La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional", ob.cit. También Cabral entiende que es correcta esta división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico. (CABRAL Pablo O.; "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", ob.cit.).

de poderes, ya que se vulnera la tarea de la jurisdicción que consiste en la valoración de los hechos o circunstancias que se le someten a su consideración para el otorgamiento (o no) de una tutela por vía cautelar⁵⁷.

Gil Domínguez se suma a las críticas por entender que la necesidad de acreditar en el proceso la condición de pertenecer a un sector socialmente vulnerable es por lo menos perverso, “por cuanto la vulnerabilidad no se prueba se sufre”. Agrega que también es errónea la referencia a que "se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos", pues no existe dicha categoría en el mencionado Instrumento Internacional, el cual a la vez, tampoco incorpora de forma expresa y operativa derechos económicos, sociales y culturales (tal como si lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)⁵⁸.

Sin embargo, la referencia tiene que ver con lo que la Corte IDH ha dicho sobre la vida digna, sin duda, es una nota que hace a una lectura convencional. Por ejemplo, en la causa "Villagrán Morales y otros v. Guatemala", dijo que "el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él" (Considerando no. 144)⁵⁹.

Sin perjuicio de estas consideraciones críticas, cabe destacar la incorporación del principio internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y

⁵⁷ ROJAS Jorge A., “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, ob.cit.

⁵⁸ GIL DOMÍNGUEZ Andrés, “La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)”, ob.cit.

⁵⁹ CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999. (Fondo). (www.corteidh.or.cr).

diferenciada⁶⁰, debiendo los jueces aplicar la legislación interna de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos, siguiendo con el principio de progresividad con aplicación concreta al caso del principio pro persona, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria⁶¹.

3. En tercer lugar, otro aspecto a considerar es el relativo a la idoneidad del objeto de la medida cautelar y discrecionalidad judicial. El art. 3 inc.2, marca los requisitos para merituar el objeto de la medida y son: a) demostrar el perjuicio que se sufre o que se quiere evitar; b) señalar la autoridad que genera la afectación con sus actos u omisiones; c) el derecho que se quiere resguardar o el interés que se persigue garantizar. Además, el inc. 3 de dicho artículo deja en claro que el juez no está sometido al principio dispositivo ni de congruencia para resolver medidas cautelares ya que puede elegir la más apropiada aunque no coincida con la pretendida, o inclusive puede limitarla, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intentare proteger y el perjuicio que se procura evitar.

4. En cuarto lugar, la bilateralidad es un aspecto muy importante y controvertido, conforme al art. 4 se le requerirá a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, y tres días en el amparo, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud, excepto cuando la finalidad sea la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2, inciso 2, (sectores socialmente vulnerables, vida digna, salud, derechos de naturaleza alimentaria y ambiental). Las opiniones críticas han dicho que se vulnera la naturaleza inaudita parte de las medidas cautelares, que resulta un quebrantamiento de la igualdad de las

⁶⁰ CABRAL Pablo O.; “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, ob.cit.

⁶¹ Así lo sostiene CABRAL Pablo O.; “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, ob.cit.

partes en el proceso (en detrimento del administrado), que se atenta contra la "tutela judicial efectiva", al introducir requisitos adicionales que demoran el pronunciamiento del magistrado, que se ordinariza el trámite de toda cautelar y que da facultades al juez —según la índole de la pretensión— a ordenar una vista previa al Ministerio Público⁶².

A ello puede oponerse la posición que sostiene que el legislador puede disponer un trámite diferente en el ámbito del derecho público al que rige en el ámbito del derecho privado⁶³, sin perjuicio de tener presente que varios ordenamientos provinciales que cuentan con un Código Contencioso Administrativo prevén expresamente la elaboración de un informe previo al dictado de la medida requerida por el particular, como en el caso de Tierra del Fuego (ley 133, art. 18), en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dentro del proceso urgente del amparo (ley 2.145, art. 15), como en la provincia de Mendoza (ley 3918, art. 22)⁶⁴. Arazi agrega que como principio, es razonable que en ciertos supuestos, previo al dictado de una medida cautelar, se oiga a la parte afectada por ella, puesto que contrariamente a lo que a veces se sostiene, el trámite inaudita parte, si bien debe ser

⁶² Jorge A. ROJAS; "El nuevo régimen de las cautelares frente al estado", ob.cit. Además se ha dicho que "El art. 4 de la ley 26.854, en cuanto establece el requisito de un informe de la autoridad pública demandada previo a la decisión sobre la admisibilidad de la medida cautelar, es inconstitucional, pues desnaturaliza el trámite inaudita parte propio de aquella medida, el cual se vincula con la urgencia y eficacia de la protección cautelar dirigida a garantizar la efectividad de los derechos que se invocan, de modo tal que se afecta el debido proceso". (CNFedCivCom., sala III, American Airlines Inc. c. Administración Nacional de Aviación Civil s/ nulidad de acto administrativo, 06/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/23548/2014).

⁶³ Así lo plantea Bruno Gabriel TOIA; La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional", ob.cit. Se ha pronunciado por la constitucionalidad de esta cláusula por ejemplo la Cámara Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, "SKF Argentina S.A v. Dirección General de Aduanas - RS 232/10", expte. 29094/2013, resolución del 26/9/2013.

⁶⁴ Refiere CABRAL que "La bilateralidad previa al otorgamiento de las medidas cautelares, frente al cuestionamiento del procedimiento unilateral, es la postura que han adoptado algunas provincias en sus Códigos Procesales Administrativos, como Mendoza, Santiago del Estero, Neuquén, Tierra del Fuego, Formosa, Jujuy, Santa Fe, Córdoba y Buenos Aires, que prevén el traslado o vista de la solicitud realizada por la parte actora a la demandada. En ninguna de dichas jurisdicciones locales el traslado ha sido impugnado por su inconstitucionalidad ni de tal forma se ha declarado judicialmente. En el derecho extranjero se pueden ver los ejemplos de Estados Unidos de América y España, que también bilateralizan el trámite cautelar. Por último, el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo establece —al regular las medidas cautelares adoptadas en el proceso administrativo— que "se dará traslado a las partes que se hubiesen personado por plazo de diez días, a fin de que aleguen lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la medida y, en su caso, sobre la contracautela y cuantía", agregando que "si no hubiese conformidad, se convocará a las partes a una audiencia, en la que se practicarán las pruebas pertinentes" (art. 81)" (Pablo O. CABRAL; "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", ob.cit.).

la regla, no es de la esencia de las medidas cautelares ni una característica ineludible de ellas⁶⁵.

Cabe agregar además que el juez puede decidir una medida interina, ya que el mismo art. 4 inc.1 lo habilita a que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, podrá dictar este tipo de medida cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Ello así se debilita en buena medida la crítica en torno a la bilateralidad ya que el magistrado interviniente evaluando las circunstancias del caso, los intereses y derechos en juego y la urgencia de la medida solicitada, podrá disponerla sin necesidad de producir el informe o de esperar a que venza el plazo para ello. Además principio de bilateralidad es en general una manifestación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia, igualdad de las partes y tutela judicial efectiva, aun en el caso de procesos contra el Estado, sin perjuicio de lo cual, debe ser el juez quien debe impedir que éste actúe y mientras contesta el informe, produzca el daño que se busca evitar con la cautelar, por lo que puede decretar que aquél mantenga el status quo sin realizar conducta alguna con relación al objeto discutido⁶⁶.

5. Otro aspecto importante, en quinto lugar, es la validez temporal razonable de la medida debiendo ser fijada por el juez, bajo pena de nulidad, que no podrá ser mayor a los seis meses, y a tres meses en los procesos sumarísimo y en los juicios de amparo, no corre tal disposición, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art 2, inc.2⁶⁷. Estas disposiciones siguen la doctrina de la Corte Suprema por ejemplo en el caso Grupo Clarín antes citado, donde dejó

⁶⁵ Roland ARAZI; "El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)"; ob.cit.

⁶⁶ Ver entre otros a Tomás HUTCHINSON; "Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado", en [\[1\]](#) SJA. 2013/09/25-22 – JA 2013-III Cita Online: AP/DOC/1923/2013. Además el juez Antelo votó en disidencia en la causa ante la C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, "American Airlines Inc. v. Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo", expte. 600/2014/CA1, resolución del 6/6/2014 y consignó que "(...) no se advierte que la norma impugnada resulte irrazonable, ni que su aplicación vulnere los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad (...) En efecto, la disposición tiene por finalidad que el juez cuente con elementos suficientes para hacer un adecuado balance de los intereses en juego y decidir, sobre esa base, acerca de la procedencia de la medida cautelar; y el requerimiento para que el Estado Nacional informe, en forma acotada y en un tiempo reducido, acerca del interés público comprometido y de los requisitos propios de las medidas precautorias, es un medio idóneo y proporcional para conseguir la finalidad perseguida por la norma".

⁶⁷ Ver consideraciones críticas de Osvaldo C. GUGLIELMINO, "El defecto de las medidas cautelares contra la Administración" en LL. 12/05/2014, 1. Cita Online: AR/DOC/1368/2014

sentado la conveniencia de la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar, *“ello es así, pues si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizaren por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra (Fallos: 314:1202, voto concurrente de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt), la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal para obtener de los jueces de la causa (artículos 202 y cc), y en su caso la del artículo 14 de la ley 48 ante este estrado, la reparación del nuevo gravamen que se invoque”*⁶⁸.

Se le critica que viola al principio de división de poderes, al querer sustituir nuevamente el legislador a la jurisdicción, sustrayéndola de la dirección del proceso, y del manejo que importa la concesión de una cautela dentro de aquél⁶⁹. También se ha dicho que son absolutamente inadecuados para resguardar los derechos hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, si se tiene en consideración la duración efectiva de los procesos en los cuales el Estado Nacional es parte⁷⁰. En oposición a dicha postura se afirma que el juez está habilitado para otorgar cuantas prórrogas

⁶⁸ CSJN. 05/10/2010, “Grupo Clarín”. Fallos, 333:1885.

⁶⁹ Jorge A. ROJAS; “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, ob.cit. A nivel jurisprudencial, por ejemplo la Cámara en lo Civil y Comercial Federal señaló sobre el punto que “El art. 5° de la ley 26.854 al fijar un plazo de vigencia de seis meses de la medida cautelar —prorrogable por otros seis meses cuando fuese indispensable y no hubiere, en principio, una actitud dilatoria de la parte favorecida— es incongruente con el carácter instrumental del instituto precautorio, el cual tiene por objeto asegurar —sobre la base de un derecho verosímil— el cumplimiento de una eventual sentencia favorable”. Asimismo, agregaron que “la norma no es razonable pues el legislador ha establecido el término máximo de un año para la vigencia de la medida cautelar, con prescindencia de la duración objetiva del proceso principal, que puede variar por múltiples factores según la complejidad de cada caso, independientemente del mayor o menor impulso que pueda darle la beneficiaria de la medida, entre los cuales no se puede descartar la demora judicial. De ese modo, la norma sancionada por el Poder Legislativo es susceptible de limitar irremediabilmente la vigencia temporal de la protección cautelar otorgada ante un acto u omisión de las autoridades públicas, colocando al administrado ante el Estado nacional en una situación de indefensión, pues se lo priva de la tutela judicial efectiva y oportuna que es garantía constitucional”. (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, “American Airlines Inc. v. Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo”, expte. 600/2014/CA1, resolución del 6/6/2014, citado por José Ignacio López; “Trayectoria de la Ley Nacional de Medidas Cautelares frente al Estado. Reseña jurisprudencial y reflexiones”; SJA 2014/12/17-109 – JA. 2014-IV. Cita Online: AP/DOC/1607/2014.

⁷⁰ Eduardo OTEIZA, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854” en Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013, 23/05/2013, 95. Cita Online: AR/DOC/1955/2013. También Arazi ha dicho que “La limitación temporal es el fin de las medidas cautelares y es una nueva intromisión del legislador en las atribuciones de los jueces, quienes deben apreciar la necesidad de mantener o no una cautelar para proteger los derechos de los ciudadanos; además, otorga un privilegio irritante a favor del Estado y las entidades descentralizadas”. (Roland Arazi; ob.cit.).

sean necesarias para hacer cumplir el fin de la cautelar ⁷¹.

6. En sexto lugar, cabe analizar la cláusula de no afectación de bienes del Estado que dispone que “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias” (art. 9). Esta disposición reproduce el último párrafo del art.195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuya inconstitucionalidad fue declarada en varias oportunidades⁷² y que en opinión de Gozaíni no se compadece con las facultades jurisdiccionales para decretar medidas cautelares que son, y deben ser, discrecionales por lo que no se puede imponer, ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, so pena de violar la garantía del acceso a la jurisdicción, y en tal caso, se afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43 CN)⁷³; también se ha dicho como crítica que la norma es demasiado amplia, en tanto estas medidas siempre afectarán de algún modo (directo o indirecto) sus bienes o recursos, por lo que este dispositivo legal equivaldría a proscribirlas.

Frente a lo expuesto se contrapone una interpretación restrictiva, que persigue que la medida cautelar no pueda por ejemplo afectar la percepción de contribuciones fiscales o el desenvolvimiento de servicios o actividades esenciales del Estado, o la autotutela de bienes del dominio público o el ejercicio del poder de policía en tutela de la seguridad, salubridad, moralidad pública u otro interés público eminente. Ello trae aparejado que es el juez el que debe merituar en el caso concreto la articulación de los intereses en conflicto como criterio modulador de la procedencia o no de la medida cautelar solicitada, analizando el impacto que tiene la cuestión para la

⁷¹ Entre otros Tomás HUTCHINSON; “Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado”, ob.cit. En este mismo sentido se ha resuelto que “El art. 5 de la ley 26.854, en cuanto establece la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, es constitucional, pues al no prohibir expresamente la prórroga de aquellas, no se advierte que la norma resulte inconciliable con el principio constitucional de tutela judicial efectiva”. (CNFedContAdm., sala II, Lan Argentina SA c. ORSNA s/ medida cautelar, 16/12/2014, Sup. Adm. 2015 (febrero), 58, LL 2015-A, 438, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (marzo), 48, AR/JUR/67684/2014.

⁷² Dicha inconstitucional se basó en que era violatoria del principio de división de poderes en cuanto inhibe a los jueces de decretar medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado y de imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias (C. Fed. La Plata, sala 3a, 11/10/2001, "Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires v. Poder Ejecutivo Nacional", JA 2003-III-255/256).

⁷³ Osvaldo A. Gozaíni, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853; LL. 23/05/2013, 73.

comunidad y si la limitación, en el caso, resulta o no contraria a la tutela judicial efectiva, de lo cual resultará la legitimidad de la pretensión cautelar⁷⁴.

7. En séptimo lugar, se destaca que las medidas no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3 inc.4), mostrando la intención del legislador de evitar la procedencia de las llamadas medidas autosatisfactivas, siendo la Corte Suprema muy crítica al marcar *“la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas “autosatisfactivas” descalificadas por esta Corte (Fallos: 324:4520, considerandos 91 y 10, y sus citas) provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito. En efecto, los beneficiarios de esas medidas han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio”*⁷⁵, y al final (art. 19) excluyendo la vía cuando se trate de juicios de amparo donde solo será aplicable la bilateralidad antes de resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares. Agrega Maurino que debe reconocerse que lo controvertido en algunas medidas es que pueden atribuir antes lo que debe concederse después, pero señala que esto no hace a la cuestión; la medida cautelar innovativa y la tutela anticipativa, por ejemplo, son herramientas eficaces para una tutela judicial fructífera que la doctrina y la jurisprudencia aceptan con unanimidad ante la exagerada prolongación de los pleitos⁷⁶.

Arazi muy crítico señala que esta norma hace retroceder nuestra legislación a épocas ya superadas, se olvida que la finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario, deteniéndose el avance de nuevas instituciones que aspiran a lograr una tutela judicial efectiva, como el anticipo de tutela o las denominadas medidas "autosatisfactivas"⁷⁷. Sin embargo Hutchinson postula una interpretación limitativa en sentido restrictivo, y si

⁷⁴ Así lo puntualiza Tomás HUTCHINSON; “Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado”, ob.cit.

⁷⁵ CSJN. 26/10/2004, “Bustos, Alberto Roque y otros contra Estado Nacional s/amparo”, Fallos 327-4495, considerando 15.

⁷⁶ Alberto Luis MAURINO; “Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Ley 26854”, *in* SJA 2013/06/12-48, JA. 2013-II. Cita Online: AP/DOC/1122/2013.

⁷⁷ Roland ARAZI; “El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)”; ob.cit.

se considera que la autosatisfactiva no forma parte de las cautelares podría decirse que entonces no estarían expresamente contempladas en esta disposición⁷⁸.

V. Algunas conclusiones

A. Se ha dicho con acierto que no es la primera vez que se intentan limitar las medidas cautelares contra el Estado, revelando la intención de restringir la labor de los jueces, influido sin duda por la tensión que provoca la demora de los procesos y por algunos excesos de la judicatura⁷⁹.

⁷⁸ Así lo señala Tomás HUTCHINSON; "Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado", ob.cit.

⁷⁹ HUTCHINSON hace una muy buena síntesis diciendo "La intención de limitar el dictado de medidas cautelares contra el Estado tiene antecedentes. Entre otros, la ley 25473 (B.O. del 31/7/2001, que agregó un párr. 3 al art. 195, CPCCN, y que textualmente disponía: "Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias". Continuó con la incorporación del art. 195 bis por el dec. 1387/2001, que estableció un *per saltum* innominado para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervenga directamente en caso que se decreten medidas cautelares que afecten entidades estatales. Luego este artículo fue modificado por la ley 25561, promulgada inmediatamente después de la renuncia del presidente de la Rúa, que reemplazó el *per saltum* por un recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tenía, por sí sola, efecto suspensivo de la resolución dictada, es decir, que la sola interposición de la apelación, aun antes de concedida, suspendía la ejecución de la medida cautelar. Después, el art. 195 bis fue derogado por la ley 25587, que dispuso que las medidas decretadas en procesos judiciales de cualquier naturaleza, en que se demande al Estado nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o mutuales de ayuda económica, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras, serán apelables con efecto suspensivo ante la cámara federal de apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que la dictó y que a fines de su cumplimiento previamente debería oficiarse al Banco Central de la República Argentina, a efectos de que informe sobre la existencia y la legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente. La ley que analizo tiene como antecedente inmediato un proyecto remitido al Congreso con anterioridad, para modificar el art. 198, Código Procesal, e incorporar los arts. 208 bis, ter, quáter y quinquies a ese Código, y el art. 7 bis al dec. -ley 16986/1966 y, finalmente, sustituir el art. 15 del citado decreto-ley. Últimamente y antes de esta reforma, encontramos la ley 26790, que incorporó los arts. 207 bis y 207 ter al CPCCN. El primero de ellos permite impugnar por apelación extraordinaria las resoluciones "dictadas a título de medidas cautelares". Esta norma no sólo es contraria a la doctrina tradicional sobre sentencia definitiva en materia de recurso extraordinario federal y medidas cautelares, sino que además rompe con el principio general según el cual la apelación de las sentencias que ordenan este tipo de medidas deben tener efecto devolutivo para impedir que durante la tramitación del recurso se frustre el objeto de la cautela obtenida. En efecto, el nuevo art. 257 ter, CPCCN, establece que "el auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida". A ello deben sumarse dos proyectos (de la diputada Diana Conti) con pleno estado parlamentario, orientados a establecer un estricto régimen para las medidas cautelares contra el Estado. (Tomás HUTCHINSON; "Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado", en [11](#) SJA. 2013/09/25-22 – JA 2013-III Cita Online: AP/DOC/1923/2013). También Roland ARAZI sintetiza los antecedentes sobre el tema en "El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)"; ob.cit.

Sin embargo, se ha interpretado que el nuevo régimen de cautelares no se apartó de los tradicionales recaudos para obtener una medida cautelar —verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, valoración del interés público—, pero endureció algunas de sus exigencias, aunque no se ha impedido a los diferentes usuarios del servicio de justicia obtener una tutela cautelar idónea cuando las concretas circunstancias del caso así lo exigieron⁸⁰.

En posición claramente crítica, Gozaíni, Gil Domínguez entre otros consideran que esta normativa trata de impedir el uso de facultades discrecionales del juez en torno a las modalidades de la precautoria⁸¹, y en concordancia se ha resuelto la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 5, 9, 10, 11, 13, 15 y 16 de ley 26.854 pues el exceso reglamentario dispuesto en cuanto a los requisitos exigibles para conceder una medida cautelar contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, produce una limitación irrazonable a la facultad de los jueces para poder evaluar en cada caso si corresponde o no otorgarlas, lesiona el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y viola la división de poderes y el derecho al debido proceso formal y sustancial⁸².

B. El tema abordado nos pone en presencia de lo que Sagües llama el *juez preservador*, la impronta del “principio de protección” o “de promoción” en materia de derechos humanos, que lleva al juez a no ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de tales derechos, debiendo buscar la tutela activa de los mismos y por ello la proliferación de las medidas cautelares, entendiéndose que en el ordenamiento jurídico —y en particular, en la Constitución— hay más, y valen más, los “principios” que las “normas”, y que aquéllos, por su carácter indeterminado, deben ser cotidianamente precisados por el juez activista, aludiendo a los supuestos en que la judicatura adopta ya sea de oficio o a pedido de parte, medidas de urgencia aun sin audiencia de la parte contraria⁸³.

⁸⁰ José Ignacio LÓPEZ; “Trayectoria de la Ley Nacional de Medidas Cautelares frente al Estado. Reseña jurisprudencial y reflexiones”; ob.cit.

⁸¹ Osvaldo GOZAÍNI; “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; ob.cit., Andres Gil Domínguez, “La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)”, ob.cit.; entre otros.

⁸² CNCom., sala A, Szwarc, Rubén Mario y otro c. Estado Nacional y otros s/ medida precautoria, 12/08/2013, LL. 2013-E, 522, AR/JUR/50659/2013.

⁸³ Néstor P. SAGÜES; “Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, del “juez investigador” y del “juez preservador” en el derecho procesal constitucional”; ob.cit.

Se asemeja a la figura del Juez Hércules a quien refiere Dworkin como el juez dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas y que Ots en sus modelos de jueces, designa como ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, de ahí que el derecho es el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad⁸⁴.

Así se ha puntualizado una doble función del juez, por un lado, la que tiene como límite objetivo la separación de poderes y que no puede avanzar en la asunción de funciones administrativas que pertenecen al Poder Ejecutivo ni en las propias del legislador, no puede tampoco crear derecho a su discreción. Por otro lado, la que propugna la función judicial vinculada no sólo positivamente a la ley sino, fundamentalmente, a los principios generales del derecho, se trata de que los jueces cumplan un papel activo creando, incluso, un derecho de excepción para encontrar la justa solución a un caso, aún ante la ausencia de normas positivas expresas, pues siempre pesa sobre ellos el deber de fallar conforme al principio constitucional de afianzar la justicia⁸⁵.

Los aspectos brevemente analizados de la ley de medidas cautelares contra el Estado, ponen de manifiesto la tensión entre la discrecionalidad legislativa y el activismo judicial, entre la tutela judicial efectiva y la necesidad de evitar la desnaturalización de los institutos procesales que perjudique el interés público. Ello en el marco de la pluralidad de fuentes que caracteriza al ordenamiento constitucional luego de la reforma de 1994, con la influencia del control de convencionalidad, ponen de manifiesto la clara preponderancia del activismo judicial. Frente a tal activismo deberían exigirse mayores controles y límites al accionar de la magistratura sobre todo en el ámbito cautelar cuando del otro lado se encuentra en juego el interés público y al mismo tiempo, extremar las exigencias a la Administración para que ajuste su obra conforme a derecho.

⁸⁴ Ronald DWORKIN en “Los derechos en serio”, trad. por Marta Guastavino, Barcelona, 8v. Edición, 2010, ed. Ariel, pág. 177, alude al imaginario “Juez Hércules” como un jurista “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”. Francois Ots, “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de Juez”, en Revista sobre enseñanza del Derecho”, año 4, número 8, 2007, págs. 101 a 130.

⁸⁵ Juan Carlos CASSAGNE, “Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el contencioso administrativo”, ob.cit.; citando a Jorge W. PEYRANO; “Sobre el activismo judicial”, en el libro Activismo y garantismo procesal, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 14 y ss.

Cassagne elabora pautas interpretativas muy razonables: a) La decisión sobre la apreciación de si la medida precautoria afecta o no el interés público corresponde al tribunal, y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte; b) el interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo, sino el que se conculca con la medida suspensiva, debiendo tratarse de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no puede fundarse en un interés público de tipo genérico; c) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos; d) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad; y, e) en la ponderación los jueces deben necesariamente hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona al demandante de la suspensión⁸⁶.

En el caso de la ley N° 26.854 se advierten varias cláusulas que supone en buena medida un apoyo al activismo judicial puesto que dejan a la judicatura el rol de desempeñar un activismo “bueno”, en la terminología usada por Manili, en cuanto se ejerza en beneficio de los derechos fundamentales, de las acciones de garantía de esos derechos, debiendo cuidarse de las interpretaciones que caigan en el activismo “malo”, es decir aquél que se ejerce en detrimento de los derechos fundamentales y en beneficio del poder estatal⁸⁷.

Se pregona un activismo judicial limitado por el orden normativo, como sostiene Tamayo Jaramillo⁸⁸, donde la discrecionalidad judicial encuentre valladares en la ley y en el respeto a la división de poderes. Son acertadas las consideraciones críticas de Thury Cornejo en cuanto a que en la sociedad actual, el juez asume un papel central en la configuración del esquema distributivo, como instancia de síntesis de los principios del Estado liberal y del Estado social⁸⁹. En este sentido, la norma sobre cautelares contra el Estado deja importantes espacios a la discrecionalidad judicial ya que, admite interpretaciones que así permiten, las cuales deben estar

⁸⁶ Juan Carlos CASSAGNE; “Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el contencioso administrativo”, ob.cit.

⁸⁷ Pablo L. MANILI; “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”; en LL. 1/08/2006,1.

⁸⁸ Javier TAMAYO JARAMILLO, “El activismo judicial”, LL. 2014-A, 579.

⁸⁹ Valentín THURY CORNEJO, “Juez y división de poderes hoy”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2002, págs. 247, 250, 251, 252, 259.

inspiradas en una posición de equilibrio entre los derechos fundamentales y los intereses públicos.

En función de dicho equilibrio, cabe recordar que en el año 2010, en el discurso de apertura del año judicial, el presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti hacía hincapié en el cambio de paradigma a la luz del bicentenario, llamando a trabajar fuertemente en el diseño institucional de la Nación en equilibrio con los demás poderes. Decía que “Los jueces no debemos gobernar, debemos poner límites a los demás poderes. Los otros poderes del Estado no deben judicializar sus decisiones innecesariamente, lo que cada uno debe hacer es cumplir la función que le adjudica la Constitución. Y por eso esta Corte viene señalando en distintas oportunidades que nos parece muy relevante que cada uno de los tres poderes del Estado en todos los niveles, en las provincias y en la Nación cumpla con la función constitucionalmente asignada. No es buena la judicialización excesiva ni tampoco es bueno que los jueces sin renunciar a nuestra función de poner límites vayamos más allá. Esto es un equilibrio difícil en todo el mundo, pero es algo de lo cual nosotros tenemos que hablar sobre todo porque nuestro pueblo necesita del diálogo, del debate, de la participación de todos en las decisiones”⁹⁰.

⁹⁰ Discurso de apertura del año judicial 2010, ver en www.cij.gov.ar

LOS MODELOS DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU INFLUENCIA
EN EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA⁹¹

Por Alberto B. Bianchi

Sumario: I. Introducción. II. Una teoría sencilla y una realidad compleja; A. Orígenes y formulación; B. Las críticas; C. Los tres modelos de separación de poderes. III. El modelo británico; A. La soberanía del Parlamento; B. La separación entre los jueces y el Parlamento; C. La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes; D. La separación entre el Parlamento y la rama ejecutiva; IV. El modelo Francés; A. Inestabilidad constitucional y estabilidad administrativa; B. La noción francesa de separación de los poderes y el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa; C. La consolidación y evolución posterior del Consejo de Estado y la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa; D. La Constitución de la Quinta República. El diseño de poder; E. El control de constitucionalidad; V. El modelo norteamericano; A. Las bases del sistema y su evolución posterior; B. El rol institucional de la Corte Suprema; C. Dos teorías en competencia; D. La interpretación funcional, i. El control de constitucionalidad; ii. La delegación legislativa; iii. La "doctrina de la deferencia"; iv. Los acuerdos ejecutivos; v. Las tareas judiciales de la Administración. La llamada "jurisdicción primaria"; E. La interpretación formal, i. El veto legislativo y el caso "Chadha"; ii. La remoción de funcionarios ejecutivos por el Congreso; iii. El Steel seizure case; F. El llamado "Estado administrativo"; VI. ¿Tres modelos de Administración?; VII. Conclusiones.

I. Introducción.

Analizaré aquí los tres modelos principales de la separación de poderes que ofrece el Derecho Comparado: el británico, el francés y el de los Estados Unidos, con el propósito de verificar si cada uno de ellos ha gestado un modelo propio de Administración Pública y, en ese caso, cuáles son sus características más relevantes.

Podrá decirse que el tema de la separación de poderes ha sido abordado una y mil veces. Es cierto.

Recientemente ha sido estudiado por el Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne en su obra *Los Grandes Principios del Derecho Público*⁹² y antes de ello había despertado el interés de quien fuera su maestro, el Dr. Jorge Tristán Bosch, en un trabajo publicado en 1944.⁹³

⁹¹ Conferencia de incorporación del autor a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

⁹² CASSAGNE, Juan Carlos: *Los Grandes Principios del Derecho Público*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

⁹³ BOSCH, Jorge Tristán: *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944.

También Faustino J. Legón se había detenido en ella.⁹⁴

Aun así, tengamos siempre presente, que “*no hay cuestiones agotadas, sino hombres agotados en las cuestiones*”, como decía *Santiago Ramón y Cajal* al incorporarse a la Real Academia de Ciencias en 1897, instando a una España alicaída por la pérdida del Imperio a no abandonar la investigación.⁹⁵

II. Una teoría sencilla y una realidad compleja.

La separación de poderes es curiosa. Bajo la aparente sencillez de una teoría, según la cual debe haber tres poderes para que cada uno de ellos, separada, coordinada e independientemente, legisle, administre y juzgue, tienen cabida modelos tan diferentes, que muchos de sus críticos descreen de la validez de la teoría misma.

A. Orígenes y formulación.

Desde la Antigüedad hasta nuestros días, la filosofía política se ha ocupado del Estado pero, hasta mediados del siglo XVIII, fue indiferente si sus funciones estaban concentradas en una sola persona, o separadas entre varias.

El cambio cualitativo se produjo en esa época, cuando se advirtió la necesidad de alojar esas funciones en cuerpos o personas separadas e independientes entre sí, para limitar el poder del Estado y asegurar la libertad individual.

Lo que hasta ese momento era una mera descripción, se convirtió en teoría.

Tal como lo explicó en su momento William Bondy, esto tuvo lugar como una evolución natural del gobierno que, al ir perfeccionado paulatinamente sus funciones, las fue distinguiendo unas de otras, hasta descubrir la necesidad de separarlas formalmente, como piedra angular del gobierno limitado.⁹⁶

⁹⁴ LEGÓN, Faustino J.: *Distinción y jerarquía de poderes*, separata de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tomo X, nos. 40-41, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1932.

⁹⁵ RAMÓN Y CAJAL, Santiago: *Reglas y consejos sobre investigación científica. Los tónicos de la voluntad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

⁹⁶ BONDY, William: *The Separation of Governmental Powers. In History, in Theory and in the Constitution*, Columbia College, New York, 1896, pp. 7-9.

Sin ella, ha dicho el Académico Dr. Gregorio Badeni “*no existen ... cauces institucionales para controlar el ejercicio del poder*”.⁹⁷

Anticipada embrionariamente por Platón en *Las Leyes*,⁹⁸ el último de sus diálogos, la existencia de las tres funciones estatales clásicas, fue expuesta por Aristóteles en el Libro IV de la *Política*, con una claridad digna de un autor moderno.⁹⁹

Alfred Whitehead, matemático y filósofo inglés, decía que toda la filosofía occidental no era más que notas a pie de página de la filosofía platónica.¹⁰⁰ Podría decirse, tal vez, que toda la filosofía política son apuntes tomados de la *Política* de Aristóteles, incluyendo la separación de poderes.

Luego de Aristóteles pasarían más de veinte siglos antes de que la separación de los poderes reapareciera con tanta nitidez.

Cicerón¹⁰¹ y Polibio¹⁰² describen las magistraturas romanas, pero no hay allí vestigio alguno de la separación de poderes.

En el medioevo los únicos poderes separables fueron el espiritual y el temporal, ardua discusión que produjo la “*Querrela de las Investiduras*”.¹⁰³

Menos aún existen rastros de la separación de poderes bajo el absolutismo monárquico, doctrinariamente alimentado por Robert Filmer en Inglaterra,¹⁰⁴ y

⁹⁷ BADENI, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, T. 1, p. 627.

⁹⁸ Libro III, párrafos 691(e) a 692(c). Vid. PLATÓN, *Diálogos*, Gredos, Madrid, 1982, vol. VII, pp. 324-327.

⁹⁹ ARISTÓTELES, *Política*, con una introducción, traducción y notas de Manuela García Valdéz, Gredos, Madrid, 2007, pp. 181-193. Ver también ARISTOTLE, *Politics*, with an english translation by H. Rackham, Harvard University Press, 1944, pp. 345-369.

¹⁰⁰ “*The safest general characterization of the European philosophical tradition is that it consists of a series of footnotes to Plato*”. WHITEHEAD, Alfred North: *Process and reality, an essay in cosmology*, Gifford lectures delivered in the University of Edinburgh during the session 1927-28.

¹⁰¹ Ver el Libro III de *Las Leyes (De Legibus)*. He consultado la edición española de Gredos, Madrid, 2016, traducida por Carmen Pabón de Acuña del texto latino de Álvaro D’Ors, pp. 230-232.

¹⁰² Ver el Libro VI de *Historias*. He consultado la edición la edición española de Gredos, Madrid, 2016, traducida por Manuel Balasch Recort, vol. II, pp. 169-170.

¹⁰³ Ver: LLORCA, Bernardino; GARCÍA VILLOSLADA, Ricardo y LABOA, Juan María: *Historia de la Iglesia Católica*, 6ª edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1999, T. II, pp. 346 y 353.

¹⁰⁴ El pensamiento de Robert Filmer (1588-1653) ha quedado reflejado en una obra escrita en 1640 pero publicada recién en 1680, denominada *Patriarcha or the Natural Power of Kings*, que luego fue criticada duramente por John Locke. Extractos de esta obra pueden verse en: *Patriarcha and other writings*, edited by Johann Sommerville, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1991 y en Sir Robert Filmer, *Patriarcha*, edited by Peter Laslett, Oxford, 1949

Jacques Bossuet en Francia,¹⁰⁵ cuyas enseñanzas Luis XIV condensó en sus *Memorias sobre el Arte de Gobernar*, escritas para su hijo el Gran Delfín.¹⁰⁶

España e Italia, tampoco ofrecían en los albores de la modernidad un ambiente propicio para separar los poderes.

España, gobernada férreamente por los Austria y después por los Borbones, recién tuvo su primera experiencia constitucional con la Constitución de Cádiz de 1812, pero fue efímera, sin perjuicio de la influencia que ha tenido en Hispanoamérica, tal como ha señalado el Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en su obra “*El Principio de Legalidad y el Control Judicial sobre la Discrecionalidad Administrativa*”.¹⁰⁷

Italia, por su lado, se descomponía en una serie de ciudades-estado, dominadas por príncipes absolutistas como los Médici en Florencia, los Colonna y sus rivales los Orsini en Roma, los Este en Ferrara o los Sforza en Milán. Su mayor contribución a la ciencia política durante el Renacimiento es *El Príncipe*, donde Maquiavelo, queriendo recobrar el favor de Lorenzo de Medici, le indica como conquistar y retener el poder, no como separarlo.

Tampoco en la república veneciana, a pesar de su compleja organización, existía una separación de poderes. En todo caso, Venecia tenía un sistema aristocrático, donde los nobles (el 5 por ciento de la población) se elegían a sí mismos y ejercían todas las funciones públicas.¹⁰⁸

Recién a fines del siglo XVII, la separación de poderes empieza a cobrar forma, cuando *John Locke* escribe *An Essay Concerning the True Original Extent*,

¹⁰⁵ En su obra *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Bossuet dice que la autoridad real es sagrada y, al desarrollar esta idea (Artículo II, primera proposición) señala que “*el trono real no es el trono de un hombre, sino el trono de Dios mismo*” (le trône royal n'est pas le trône d'un homme, mais le trône de Dieu même).

¹⁰⁶ LUIS XIV: *Memorias sobre el Arte de Gobernar*, versión española publicada por Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 59.

¹⁰⁷ CASSAGNE, Juan Carlos: *El Principio de Legalidad y el Control Judicial sobre la Discrecionalidad Administrativa*, Prólogo de Jesús González Pérez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, p. 57 y ss.

¹⁰⁸ Allí el Gran Consejo integrado por todos los nobles varones (mayores de 25 años) elegía al Dux que era vitalicio. El Gran Consejo elegía, también, al Senado -que tenía a su vez un órgano ejecutivo (el *Collegio*)- y a todos los funcionarios estatales. Ciertamente, entonces, que no había en Venecia una autoridad única, sino varias, que se controlaban recíprocamente de manera bastante confusa, entre las cuales existió, a partir del siglo XIV, el Consejo de los Diez (los *Dieci*) un tribunal que ejerció un poder inquisitorial y arbitrario. Es famoso el “puente de los suspiros” donde pasaban gimiendo los condenados desde la sala del tribunal a las mazmorras de la prisión. Vid: GORDON, Scott: *Controlling the State, Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Harvard University Press, 1999, Cap. 5: The Republic of Venice, pp. 129-165.

and End of Civil Government (Un Ensayo acerca de Verdadero y Original Alcance y Fin del Gobierno Civil),¹⁰⁹ bien que no llega a concretar allí una verdadera separación. En su opinión, el poder legislativo es superior a los otros, adelantando así una doctrina que Blackstone desarrollará seis décadas después en sus *Commentaries on the Law of England*¹¹⁰ y rige hasta el presente, como veremos.

Fue el *Barón de Montesquieu*, en el *Espíritu de las Leyes*,¹¹¹ quien produjo el cambio cualitativo con esta célebre advertencia: “*Todo estará perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares*”.¹¹²

Aun así, los jueces, en la conocida opinión de Montesquieu, no son “*sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*”.¹¹³

Así formulada, la teoría de la separación de poderes encontró terreno fértil en la Revolución Americana, donde fue defendida por *James Madison* en el N° 47 de El Federalista,¹¹⁴ sosteniendo: “*The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny*”.¹¹⁵

La Revolución Francesa, por su lado, la convirtió en principio universal en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 - nacida en las tumultuosas jornadas de julio y agosto de ese año- que decía: “*Toute*

¹⁰⁹ Publicado recién en 1690, el “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, como habitualmente se lo conoce en español, fue escrito probablemente mucho antes de la Revolución de 1688. Si bien es cierto que constituye un justificativo teórico de ésta, se cree que Locke comenzó a escribirlo hacia 1680, cuando regresó a Inglaterra proveniente de Francia, pero no se ha logrado establecer una fecha exacta. Vid.: LOCKE – POLITICAL ESSAYS, edited by Mark Goldie, Cambridge University Press, 1997.

¹¹⁰ BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765 (facsimile edition of The Chicago University Press, 1979).

¹¹¹ A los fines de este trabajo he consultado la siguiente edición: MONTESQUIEU: *El Espíritu de las Leyes*, versión española de Siro García del Mazo, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1906.

¹¹² Obra citada en nota anterior, pp. 227-228.

¹¹³ Ídem, p. 237.

¹¹⁴ He consultado para este trabajo “*The Gideon Edition*”, editada en 1818 por George W. Carey y James McClellan y reimpressa en 2001 por Liberty Fund, Indianapolis. Puede vérsela también electrónicamente en: <http://oll.libertyfund.org/titles/carey-the-federalist-gideon-ed>

¹¹⁵ “*La acumulación de todos los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, ya sea de uno, de unos pocos, o de muchos, hereditarios, auto designados o electivos, puede ser justamente designada como la definición exacta de la tiranía*”. Traducción del autor.

Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".¹¹⁶

También fue recibida con beneplácito en la Constitución de Cádiz, como lo pone de manifiesto el vibrante Discurso Preliminar de Agustín Argüelles,¹¹⁷ cuya lectura, coincido con el Dr. Juan Carlos Cassagne, no debe pasar desapercibida.

B. Las críticas

No obstante su aceptación, la doctrina de la separación de los poderes ha sido muy criticada.

Carré de Malberg, decía que era un principio "*erróneo e inaplicable*",¹¹⁸ a diferencia de Maurice Hauriou, que la consideraba un "*principio genial*".¹¹⁹

Tampoco se muestra partidario de ella Jellinek, en su Teoría General del Estado, escrita en 1900¹²⁰ y medio siglo más tarde Karl Loewenstein, dirá que es "*una perfecta ilustración del pensar mecanicista*".¹²¹ A juicio de *Loewenstein* las funciones estatales son: la decisión; la ejecución y el control.

Sin adherir por completo a esta idea, admito que el control es determinante para diferenciar los distintos tipos de Administración que surgen de cada modelo de separación de poderes.

En los Estados Unidos, Frank J. Goodnow, precursor del Derecho Administrativo en su país, también criticó a la teoría por motivos similares a los de Carré de Malberg.¹²²

Tampoco los británicos han ahorrado sus críticas. Geoffrey Marshall, decía que es un "confuso baúl" (*jumbled portmanteau*) de argumentos,¹²³ Hood Phillips la

¹¹⁶ "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución".

¹¹⁷ Puede verse el Discurso con una Introducción de Luis Sánchez Agesta en la publicación del Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Cuadernos y Debates Nº 213, Madrid, 2012.

¹¹⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *Teoría General del Estado*, traducción al español de José Lion Depetre, 2^{da} edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 834

¹¹⁹ HAURIOU, Maurice: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción al español y estudio preliminar de Carlos Ruiz del Castillo, Editorial Reus Madrid, 1927, p. 377.

¹²⁰ JELLINEK, Georg: *Teoría General del Estado*, traducción de la 2^a edición alemana y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1945, p. 407.

¹²¹ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, 2^{da} edición, traducción al español y estudio preliminar de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 54-55.

¹²² GOODNOW, Frank J.: *The Principles of the Administrative Law of the United States*, G.P. Putnam's Sons, New York-London, 1905, pp. 25-27.

¹²³ MARSHALL, Geoffrey: *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 124.

consideraba un “mito constitucional”,¹²⁴ y Stanley A. De Smith llegó a decir que ningún autor de reputación podría sostener que la separación de poderes es una figura central de la moderna Constitución británica.¹²⁵

Si bien estas críticas fueron formuladas mucho antes de ser establecida la Corte Suprema del Reino Unido, como tribunal independiente del Parlamento y la Corona, luego de la creación de este tribunal, Roger Masterman, profesor en Durham University, continúa criticando a la teoría con argumentos no muy diferentes a los que Carré de Malberg exponía cien años atrás.¹²⁶ También se escuchan críticas en Irlanda. Eoin Carolan, profesor del University College de Dublin, ha formulado una dura crítica a la separación de poderes, concluyendo que es “internamente incoherente”.¹²⁷

Parecería que en el mundo académico británico, el único defensor de la separación de poderes ha sido Vile, en la Universidad de Kent.¹²⁸ También Hilaire Barnett ofrece una opinión conciliadora¹²⁹.

C. Los tres modelos de la separación de poderes.

Veamos ahora los tres modelos básicos de la separación de poderes. El británico, el francés y el de los Estados Unidos. Todos ellos reconocen -en teoría- la existencia de poderes separados, pero difieren sustancialmente en su instrumentación.

En el Reino Unido rige todavía la llamada “soberanía o supremacía del Parlamento”.

En el modelo francés, en cambio, el poder fuerte es el Ejecutivo, característica especialmente visible en la Constitución de la Quinta República.

¹²⁴ HOOD PHILLIPS, O: *A constitutional myth: separation of powers* (1977) 93 Law Quarterly Review 11.

¹²⁵ DE SMITH, S.A.: *Constitutional and Administrative Law*, 3rd ed., Harmondsworth, Penguin Books, 1977, p. 36.

¹²⁶ MASTERMAN, Roger: *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge University Press, 2011, p. 11.

¹²⁷ CAROLAN, Eoin: *The New Separation of Powers, A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, pp. 253-254.

¹²⁸ VILE, M. J. C.: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2nd edition, Liberty Fund, Indianapolis, p. 8.

¹²⁹ BARNETT, Hilaire: *Constitutional & Administrative Law*, 3rd edition, Cavendish Publishing Limited, London-Sidney, 2000, p. 126.

Solamente en los Estados Unidos ha tenido arraigo el “modelo puro” de la separación de los poderes. Allí -al menos en teoría- los tres poderes están equiparados, separados y actúan coordinadamente. La Constitución establece tres poderes separados, los cuales, tal como explicaba Madison en El Federalista, actúan coordinadamente y están constitucionalmente equiparados.¹³⁰ Y si bien los jueces son la “rama menos peligrosa”,¹³¹ pues no tienen el poder político del Presidente, ni el poder económico del Congreso,¹³² compensan ese déficit institucional con el control de constitucionalidad, que han ejercido sobre las leyes y los reglamentos desde *Marbury v. Madison*,¹³³ en adelante.

III. El modelo británico.

Comenzaré por el modelo británico, que presenta una paradoja. Montesquieu desarrolló su teoría observando a la constitución inglesa, pero, curiosamente, los ingleses sostienen que hasta el año 2009, no tuvieron separación de poderes.

En la inauguración de la Corte Suprema del Reino Unido, el 1 de octubre de 2009, su primer presidente, *Lord Phillips of Worth Matravers*, dijo: “[p]or primera vez tenemos una clara separación de poderes entre la legislatura, el poder judicial y el poder ejecutivo en el Reino Unido. Esto es importante. Enfatiza la independencia del poder judicial, separando claramente a quienes hacen la ley, de quienes la administran”.¹³⁴

¹³⁰ Según Madison: “The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers”. El Federalista N° 49.

¹³¹ De acuerdo con Hamilton “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them”. El Federalista N° 78.

¹³² “The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever”. Hamilton, El Federalista N° 78.

¹³³ 5 U.S. 137 (1803).

¹³⁴ “For the first time, we have a clear separation of powers between the legislature, the judiciary and the executive in the United Kingdom. This is important. It emphasises the independence of the judiciary, clearly separating those who make the law from those who administer it”. Ver la gacetilla de prensa publicada en https://www.supremecourt.uk/docs/pr_0109_2_.pdf

Así, mirada con ojos extranjeros, la separación de poderes en el Reino Unido aparenta ser más nítida que para los propios ingleses, lo que explica las críticas que recibe en el Reino Unido.

A. La soberanía del Parlamento

La nota más típica del sistema británico ha sido -y sigue siendo- la soberanía o supremacía del Parlamento, fuertemente destacada por Dicey en plena época victoriana.¹³⁵

Un Parlamento que Blackstone, un siglo antes, calificaba como “omnipotente”, capaz de hacer cualquier cosa que no fuera naturalmente imposible,¹³⁶ y que *Jean Louis De Lolme*, un autor ginebrino refugiado en Inglaterra a fines del siglo XVIII, describió con una frase que se hizo muy popular: *el Parlamento inglés puede hacer cualquier cosa, excepto convertir un hombre en una mujer*.¹³⁷ Una afirmación que ha sido superada por ciertas técnicas quirúrgicas actuales.

Cierto es que ya en el siglo XX el sistema constitucional del Reino Unido fue evolucionando hacia un “gobierno del gabinete”, merced en parte a la declinación del poder del *House of Lords* y del crecimiento del poder del Primer Ministro, tal como lo describió más tarde Sir Ivor Jennings¹³⁸ y luego John P. Mackintosh.¹³⁹ Pero aun así, no obstante estas transformaciones que son tan profundas al punto que hoy en día se habla de la “presidencia británica”,¹⁴⁰ en el Reino Unido el centro de la escena política recae en el Parlamento y la doctrina de la soberanía parlamentaria está vigente.¹⁴¹

¹³⁵ DICEY, A. V.: *Introduction to the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982 (reprint of the 8th edition of 1915) p. 3.

¹³⁶ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit. en nota 110, vol. 1, p. 156.

¹³⁷ “... it is a fundamental principle with the English Lawyers that Parliament can do everything, except making a Woman a Man or a Man a Woman” DE LOLME, Jean Louis: *The Constitution of England, Or an account of the English Government*, edición de Liberty Fund, Indianapolis, 2007, p. 101. La obra fue originalmente publicada en francés en 1771.

¹³⁸ En su estudio sobre el gabinete JENNINGS comenzaba diciendo “*El Gabinete es el núcleo (core) del sistema constitucional británico*”. JENNINGS, Ivor (Sir): *Cabinet Government*, 3rd edition, Cambridge, University Press, 1961, p. 1. La primera edición de esta obra fue publicada en 1936.

¹³⁹ MACKINTOSH, John P.: *The British Cabinet*, 3rd edition, London, Routledge, 1981.

¹⁴⁰ FOLEY, Michael: *The British Presidency. Tony Blair and the Politics of Public Leadership*, Manchester University Press, 2000.

¹⁴¹ Ver GOLDSWORTHY, Jeffrey, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001. En el mismo sentido: WADE, H.W.R. and FORSYTH, C. F.: *Administrative Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2004, p. 26.

Lo primero que pone de manifiesto esta soberanía o supremacía es que el Parlamento ejerce el poder constituyente. En el Reino Unido no existe un órgano específica y formalmente investido de tal poder, como en la mayoría de los otros países.

Desde su instalación bajo el reinado de Eduardo I, en adelante, el Parlamento británico ha sancionado las leyes constitucionales, dando lugar a esa constitución dispersa que tienen los ingleses, completada con las llamadas “convenciones constitucionales”, acuerdos no escritos que han dado vida a instituciones tan importantes como el Primer Ministro, nacido como fruto de una evolución histórica y cuyas funciones, pese a su trascendencia dentro del gobierno inglés, no están previstas en texto legal alguno.

En una entrevista que se le hizo en octubre de 2001 el entonces Primer Ministro Tony Blair dijo: “*los roles del Primer Ministro como cabeza del gobierno de Su Majestad, su principal asesor y presidente del Gabinete no están ... definidos en la legislación. Estos roles, incluyendo el ejercicio de poderes bajo la prerrogativa real, han evolucionado a lo largo de muchos años, a partir de convenciones y prácticas y no es posible definirlos*”.¹⁴²

Si bien hay muchos ejemplos, entre las más típicas leyes constitucionales de los últimos cien años vale la pena mencionar la *Parliament Act* de 1911,¹⁴³ que disminuyó el poder de los lores al quitarles poder de veto sobre las leyes impositivas y económicas;¹⁴⁴ la *Parliament Act* 1949,¹⁴⁵ que redujo más aún el poder de veto del House of Lords; la *Life Peerages Act* de 1958,¹⁴⁶ que introdujo los lores vitalicios y admitió que las mujeres podían formar parte de la Cámara; la *House of Lords Act* de 1999,¹⁴⁷ que redujo el número de lores de 1.330 a 669 y eliminó -salvo algunas excepciones- los lores hereditarios; la *Constitutional Reform Act* de 2005,¹⁴⁸ por

¹⁴² Citado por: TURPIN, Colin and TOMKINS, Adam: *British Government and the Constitution*, 7th edition, Cambridge University Press, 2011, p. 408.

¹⁴³ 1 & 2 Geo. 5 c.13.

¹⁴⁴ Eran las llamadas “*money bills*”. La reforma tuvo como antecedente el veto impuesto por el House of Lords a la Ley de Presupuesto de 1909, en la cual Lloyd George, Ministro de Economía (*Chancellor of the Exchequer*) había aumentado los impuestos para nuevos programas sociales. El veto quebró una antigua convención constitucional según la cual la cámara alta no vetaba los *money bills*.

¹⁴⁵ 12, 13 & 14 Geo 6 c 103.

¹⁴⁶ 6 & 7 Eliz. 2 c. 21.

¹⁴⁷ 1999 c. 34.

¹⁴⁸ 2005 c. 4.

medio de la cual fue creada la Corte Suprema del Reino Unido; y la *Fixed-term Parliaments Act* de 2011¹⁴⁹.

B. La separación entre los jueces y el Parlamento.

Tampoco ha sido nítida la separación del Parlamento con el Poder Judicial.

Hasta que fue efectivamente instalada la Corte Suprema en 2009, creada por la *Constitutional Reform Act* de 2005, la última instancia judicial en el Reino Unido era ejercida por dos órganos diferentes: el *House of Lords* y el *Privy Council*.¹⁵⁰ La primera tenía competencia general y el segundo tenía solamente una jurisdicción especial.¹⁵¹

Si bien, en teoría, la revisión en última instancia le correspondía al *House of Lords* en pleno, en la práctica y por obvias razones de buen funcionamiento, la función estaba delegada, desde el siglo XIX, en un cuerpo o comisión de lores especialmente investidos de la función judicial, llamados *Lords of Appeal in Ordinary*, más comúnmente conocidos como *Law Lords*, que integraban el *Appellate Committee* del *House of Lords*.¹⁵²

Esta comisión o cuerpo, estaba integrada por un total de 12 miembros,¹⁵³ pero los casos eran resueltos por un panel de cinco jueces. La admisión de la apelación era

¹⁴⁹ 2011 c. 14.

¹⁵⁰ Hacia el siglo XIV el antiguo consejo real (*curia regis*) integrado por los nobles de mayor rango y más cercanos al Rey y que -entre otras- ejercía funciones judiciales, se dividió en dos cuerpos, el *House of Lords* y el *Privy Council*. Ambos retuvieron las funciones judiciales y han continuado ejerciéndolas hasta el presente como tribunales de última instancia.

¹⁵¹ Esta función es ejercida por el llamado *Judicial Committee*, cuerpo que fue creado por la *Judicial Committee Act* de 1833. La competencia del *privy Council* se refiere en general a casos de la llamada “*Devolution*”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido.

¹⁵² El conocimiento de los casos por el pleno del *House of Lords* ya había colapsado a principios del siglo XIX, pues las demoras en resolver las apelaciones eran extraordinarias. Por tal motivo, en 1824, se decidió delegar la tarea en un reducido grupo de lores integrado por todos los miembros de la Cámara en forma rotativa y presidido por el *Lord Chancellor*. Esta solución no fue enteramente satisfactoria y bajo el gobierno de Gladstone -por medio de las leyes de 1873 y 1875- se suprimieron las funciones judiciales de la Cámara con la intención de crear una Corte Suprema independiente. Sin embargo, poco después, en 1876, bajo el gobierno de Disraeli, se llegó a una solución intermedia. La *Appellate Jurisdiction Act* devolvió las funciones judiciales a la Cámara pero creó un cuerpo estable de lores vitalicios, versados en derecho, presididos por el *Lord Chancellor*, con la misión específica de resolver las apelaciones provenientes de los tribunales inferiores. Así, los *Law Lords* pasaron a ser una especie de Corte Suprema dentro del *House of Lords*. Conf. BARRETT, Maxwell: *The Law Lords*, The MacMillan Press, 2001, pp. 14-15

¹⁵³ Originariamente eran menos, pero su número se ha incrementado desde su creación. También son *law lords* los jueces de los tribunales superiores que a la vez son lores.

discrecional y se concedía solamente para asuntos de pública importancia. Estadísticamente no se aceptaban más de 70 casos por año.¹⁵⁴

Como resultado de ello el *Lord Chancellor*, que presidía el *House of Lords*, concentraba funciones legislativas, judiciales y administrativas, pues también era miembro del gabinete. Era un cargo de relevancia, que históricamente habían ejercido personalidades como Thomas Becket o Thomas More. Todo ello realmente ponía a prueba la existencia de una verdadera separación de poderes en el Reino Unido.

Desde octubre de 2009 está en funciones la Corte Suprema creada por la *Constitutional Reform Act* cuyo funcionamiento está regulado en la sección 23 y subsiguientes de la ley. La Corte se compone un total de 12 jueces designados por la Reina (23.2)¹⁵⁵ quien puede modificar dicho número (23.3).¹⁵⁶ El nombramiento debe estar precedido de un procedimiento de selección establecido en las secciones 26, 27 y en el anexo (*schedule*) 8 de la ley.¹⁵⁷

En líneas generales la Corte Suprema ejerce la misma competencia que tenían los *Law Lords* y los integrantes de la comisión judicial del *Privy Council* en casos de “Devolución”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido. De esta cuestión se ocupan la sección 40 y el *Schedule* (anexo) 9.

También cambiaron radicalmente con la *Constitutional Reform Act* las funciones del *Lord Chancellor*, que ha dejado de ser la principal autoridad judicial del país, función que ahora recae en el *Lord Chief Justice of England*.¹⁵⁸ En la actualidad sólo posee las funciones propias de un Ministro de Justicia y, de hecho, se

¹⁵⁴ Barrett, cit. en nota 152, p. 123. Se trata como puede verse de una jurisdicción similar a la que ejerce la Corte Suprema de los Estados Unidos por medio del *writ of certiorari*.

¹⁵⁵ La ley dice “*Her Majesty*”.

¹⁵⁶ La designación se hace por medio de una *letter patent*, esto es, por medio de un documento público.

¹⁵⁷ Básicamente se forma una comisión de selección integrada por el Presidente de la Corte el Vicepresidente y un miembro de la llamada Comisión Judicial de Designaciones, quienes elevan una propuesta o recomendación al Primer Ministro. Esta propuesta es vinculante. El proceso de selección incluye obligatoriamente una consulta a jueces de superiores tribunales que no estén interesados en ser designados, al *Lord Chancellor* y a funcionarios de Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Luego de la consulta la comisión eleva un informe al *Lord Chancellor* acerca de quién debe ser designado. Este puede (a) aceptar la propuesta; (b) rechazarla o (c) pedir una reconsideración sobre la misma. Si es aceptada el *Lord Chancellor* la notifica al interesado.

¹⁵⁸ El cargo implica, en lo administrativo, ser el presidente de las cortes de justicia y, como juez, integra la *Queen’s Bench Division* del *High Court*.

llama así: *Ministry of Justice*.¹⁵⁹ Si bien sus funciones se han reducido formalmente, sus tareas como miembro del Gabinete son extensas y comprenden un amplio personal y una abultada cuota en el Presupuesto¹⁶⁰.

C. La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes.

Tampoco existe en el Reino Unido el control de constitucionalidad sobre las leyes. Los jueces revisan solamente las decisiones administrativas por medio de la doctrina del *ultra vires*, reconocido como un principio central del derecho administrativo británico,¹⁶¹ consistente en que la autoridad administrativa no puede actuar fuera de los límites establecidos por el Parlamento, que se aplica particularmente en la delegación legislativa.

En este terreno, una vez más, el derecho inglés es paradójico. Los ingleses fueron los primeros en sostener que las leyes pueden ser inválidas por contrariar principios básicos del *Common Law*, pero esa teoría, incipiente en algunos fallos del siglo XVII, fue luego abandonada y ha triunfado desde entonces sobre ella la supremacía del Parlamento, que impide a los jueces declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Sir Edward Coke, como *Chief Justice del Common Pleas*, sostuvo en el célebre caso Thomas Bonhan de 1610,¹⁶² que una ley era inválida si contrariaba los principios del *common law*,¹⁶³ dando así una de las primeras clarinadas del control de constitucionalidad, que luego cobraría fuerza definitiva en los tribunales de los Estados Unidos a partir de *Marbury v. Madison*.¹⁶⁴ La misma decisión puede verse

¹⁵⁹ Ver: <https://www.gov.uk/government/organisations/ministry-of-justice> Ver: GIBSON, Bryan: *The New Ministry of Justice*, 2nd edition, Waterside Press, 2008.

¹⁶⁰ De acuerdo con lo informado en la página oficial, el Ministerio de Justicia es una de los más grandes departamentos de estado, con más de 70.000 empleados y un presupuesto anual de nueve mil millones de libras.

¹⁶¹ WADE, H.W.R. and FORSYTH, C.F.: *Administrative Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2004, p. 344 y ss.; DE SMITH, WOOLF & JOWELL'S *Principles of Judicial Review*, Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 95 y ss.

¹⁶² [1610] 8 Coke Reports 114. Para un estudio más amplio del caso me remito a lo que digo en: BIANCHI, Alberto B.: *Control de Constitucionalidad*, Abaco, Buenos Aires 2002, T. I, p. 63 y ss. Puede verse también: PLUCKNETT, Theodore: *Bonham's case and judicial review*, Harvard Law Review, vol. 40, p. 30 (1926).

¹⁶³ En esencia la sentencia de Coke sostiene que el estatuto del Colegio era inválido pues le permitía ser juez y parte al mismo tiempo, en tanto, por un lado juzgaba si debía ser aplicada una multa y luego la percibía. Puede verse el texto de la sentencia en *The selected Writings of Sir Edward Coke*, edited by Steve Shepard, Liberty Fund, Indianapolis, 2003, vol I, pp. 264-283.

¹⁶⁴ 5 U.S. 137 (1803).

en dos casos resueltos por el *King's Bench*, en la misma época. Me refiero a *Darcy v. Allein*¹⁶⁵ y *Tailors of Ipswich*.¹⁶⁶ Pero la doctrina de Coke no tuvo continuidad. El Rey Jacobo I lo obligó a retractarse y, negándose a ello, Coke fue removido del *King's Bench* por su “*perpetual turbulent carriage*”¹⁶⁷.

Es cierto que la sanción, en 1998, de la *Humans Right Act*,¹⁶⁸ que incorporó al derecho inglés los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos ha producido algún cambio, pero es muy leve. De acuerdo con la sección 3(1) de esta ley “[e]n tanto sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída e interpretada de manera tal que sea compatible con los derechos [que otorga] la Convención”¹⁶⁹.

Se ha discutido, entonces, si la *Humans Right Act* otorga a los jueces la facultad de ejercer lo que entre nosotros llamaríamos el “control de convencionalidad” sobre las leyes del Parlamento, cuando éstas no respetan los derechos convencionales. La respuesta de la doctrina ha sido negativa. Vernon Bogdanor, uno de los principales constitucionalistas británicos en la actualidad,¹⁷⁰ sostiene que la citada ley no les ha dado a los jueces ingleses un poder similar al que tienen en los Estados Unidos. Si una ley es incompatible con la Convención, permanecerá vigente hasta que el Parlamento la derogue o modifique y deberá ser aplicada en el caso concreto en el cual se formula tal declaración de incompatibilidad.¹⁷¹ Roger Masterman opina en igual sentido¹⁷².

D. La separación entre el Parlamento y la rama ejecutiva.

Tampoco es simple establecer una separación entre el ejecutivo y el Parlamento. Si bien es claro que este último está compuesto por dos cámaras legislativas, el *House of Lords* y el *House of Commons*, los autores ingleses, fieles a

¹⁶⁵ [1602] 74 ER 1131. Fue invalidada aquí una ley que otorgaba un monopolio para la fabricación de cartas de juego.

¹⁶⁶ [1614] 11 Coke Reports 53. Este caso, en el cual Coke actuó como juez del *King's Bench*, se refería a un monopolio otorgado a los sastres en la ciudad de Ipswich, que fue declarado ilegal.

¹⁶⁷ Véase una muy detallada cronología de su vida en la obra citada en nota 163, pp. xxxiv-Ixv.

¹⁶⁸ 1998 c. 42.

¹⁶⁹ “So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”

¹⁷⁰ Nacido en 1943, es Profesor Emérito de Politics and Government de la Universidad de Oxford y Research Professor en el *King's College* de Londres.

¹⁷¹ BOGDANOR, Vernon: *The New British Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 59.

¹⁷² Masterman, cit. en nota 126, pp. 49-50.

la tradición histórica, siguen admitiendo que es inadecuado sostener que el Parlamento está conformado tan solo por las dos cámaras, porque la autoridad legislativa soberana “*rests in the Queen in Parliament*” (descansa en la Reina en el Parlamento).¹⁷³

Más aún, se sostiene, incluso, que el Parlamento es una “criatura de la prerrogativa real”, en tanto la convocatoria, prórroga y disolución del mismo, proceden de la prerrogativa real¹⁷⁴ y que no se trata de un cuerpo que gobierna, sino de un foro de debates que asegura la discusión pública de todos los asuntos.¹⁷⁵

En este aspecto continúa vigente la doctrina de Dicey, en cuya opinión el Parlamento se compone del Rey, de la Cámara de Lores y de la Cámara de Comunes actuado conjuntamente.¹⁷⁶ Ello queda de manifiesto, por lo demás, en la fórmula empleada hasta el presente para sancionar las leyes, que dice: “*Be ENACTED by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows.*”¹⁷⁷

También difiere notablemente la relación del Parlamento con el Primer Ministro y los miembros del Gabinete en el Reino Unido, de la que tiene el órgano legislativo con los ministros del Poder Ejecutivo en la mayoría de los otros sistemas. En la Constitución de los Estados Unidos está prohibido que los legisladores ejerzan funciones ejecutivas¹⁷⁸ y lo mismo ocurre en el sistema argentino.¹⁷⁹ En ambas constituciones esta prohibición constituye una garantía de la separación de poderes.

¹⁷³ GRIFFITH, J.A.G. and RYLE, Michael: *Parliament, Functions, Practice and Procedure*, Sweet and Maxwell, London 1989, p. 3; Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, citado en nota 129, p. 127. En igual sentido Wade-Forsyth, *Administrative Law*, citados en nota 141, p. 26.

¹⁷⁴ DAWN, Oliver: *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, en *English Public Law*, edited by David Feldman and Peter Birks, Oxford University Press, London, 2004, pp. 97-112, esp. p. 98.

¹⁷⁵ Griffith-Ryle, citados en nota 173, p. 6.

¹⁷⁶ Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, cit. en nota 135, Introduction, p. xxxvi.

¹⁷⁷ “*Sea sancionado con fuerza de ley por su Majestad Excelentísima la Reina, por y con el consejo y consentimiento de los Lores Espirituales y Temporales y por los Comunes en el presente Parlamento reunido, lo siguiente: ...*”.

¹⁷⁸ Así lo dispone el Artículo I, secc. 6, que dice “*No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during such time; and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office.*”

¹⁷⁹ En nuestro caso, la Constitución Nacional dispone en el artículo 105, que los ministros del Poder Ejecutivo “[n]o pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos ...”.

En el Reino Unido, en cambio, ocurre todo lo contrario. De acuerdo con una convención constitucional, nadie puede ser Primer Ministro ni miembro del Gabinete si no es, al mismo tiempo, un miembro del Parlamento.¹⁸⁰ Como resultado de ello, el Primer Ministro y los restantes miembros del Gabinete rinden cuentas de su gestión ante el Parlamento.¹⁸¹

Téngase en cuenta que el primer Ministro es siempre el líder del partido mayoritario en la Cámara de los Comunes y se mantiene en el cargo mientras su partido retenga la mayoría. Si la pierde, el Primer Ministro pasa a ser el líder del otro partido y si ninguno de los dos partidos obtiene la mayoría, es necesario formar un gobierno de coalición.¹⁸²

El Gabinete, a su vez, se integra con los miembros del Parlamento que pertenecen al partido en el gobierno. La oposición, por su lado, en la bancada al otro lado del pasillo central de la Cámara, forma el llamado *shadow cabinet*, que controla al gobierno mediante miembros especialmente elegidos para ser espejo de cada ministro. Ambos grupos forman los *frontbenchers*. Los restantes miembros de la Cámara, tanto el partido del gobierno como de la oposición, que no tienen una posición ministerial, ni integran el *shadow cabinet*, son los *backbenchers*.¹⁸³

¹⁸⁰ Dawn, *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, citado en nota 174, p. 109; JAMES, Simon: *British Cabinet Government*, 2nd edition, Routledge, London and New York, p. 8.

¹⁸¹ WEIR, Stuart and BEETHAM, David: *Political Power and Democratic control in Britain. The democratic audit of the United Kingdom*, Routledge, London-New York, 1999, en especial cap. 12.

¹⁸² El Primer Ministro es designado por la Reina de acuerdo con lo siguiente: (a) si luego de una elección general el gobierno retiene la mayoría en la Cámara de Comunes, el Primer Ministro se mantiene en su cargo y la Reina nombrará ministros a aquellas personas que le recomiende el Primer Ministro; (b) si luego de una elección general otro partido obtiene la mayoría en la Cámara de Comunes, el Primer Ministro deberá renunciar y la Reina invitará al líder de la nueva mayoría a formar gobierno. Este líder, elegido anteriormente como tal por su partido, será designado Primer Ministro, sin que la Reina pueda elegir a otro y (c) si en la elección general no surge una mayoría, se produce el llamado "*hung Parliament*"; en ese caso, el Primer Ministro en funciones deberá formar un gobierno de colación con el otro partido, o bien acordar con éste que no votará por la caída del gobierno. En caso de no poder llegarse a un acuerdo, la Reina invitará al líder del partido que tenga más bancas en la Cámara de Comunes para que intente formar gobierno. Puede ocurrir también, que la Cámara de Comunes quiera que el Primer Ministro renuncie y para ello debe emitir un voto de falta de confianza. En ese caso el Primer Ministro renunciará o se disolverá el Parlamento y se llamará a una nueva elección, de la cual surgirá un nuevo Primer Ministro, tal como ocurrió, en 1979, cuando el gobierno laborista de James Callaghan perdió en la votación de confianza y en la nueva elección surgió Margaret Thatcher como Primer Ministro por los conservadores. Ver: Dawn, *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, citado en nota 174, pp. 110 y 111.

¹⁸³ Ver: <http://www.parliament.uk/>

IV. El modelo francés.

A. Inestabilidad constitucional y estabilidad administrativa.

Si el modelo inglés tiene sus curiosidades, también las tiene el modelo francés. Una de sus notas más singulares, es que al lado de una gran inestabilidad constitucional, los franceses han tenido siempre una gran estabilidad administrativa.

A diferencia del Reino Unido en donde las instituciones políticas han evolucionado lenta y pausadamente, con excepción del período republicano de Oliver Cromwell, en Francia, desde 1789, ocurrió todo lo contrario.

Gobernada ininterrumpidamente desde tiempos de Hugo Capeto por tres dinastías emparentadas entre ellas: los Capeto, los Valois y los Borbones, Francia, hasta la revolución de 1789, tuvo una continuidad política inalterada, casi perfecta.

Mucho más estable, aún, que la de los ingleses, conquistados en el siglo XI por el Duque de Normandía, un príncipe francés que venció a Harold II en 1066 en la batalla de Hastings; envueltos luego en las constantes luchas dinásticas de los Lancaster y los York en el siglo XV y obligados, a comienzos del siglo XVIII, al extinguirse los Estuardo, a recurrir a un príncipe alemán del Sacro Imperio, el elector de Hannover, para encontrar un rey protestante que reuniera las exigencias impuestas por el *Act of Settlement* de 1701.

Para los franceses, en cambio, la turbulencia política comenzó con la Revolución y parecería que recién se ha apaciguado con la Quinta República.

Si bien bajo la Tercera República Francia vivió un período de gran florecimiento de su cultura y de sus instituciones republicanas, destacándose en ella grandes publicistas como Émile Boutmy, Raymond Carré de Malberg, Maurice Hauriou, Leon Duguit, Adhémar Esmein y Gaston Jèze,¹⁸⁴ por mencionar sólo algunos de ellos, este fue, no obstante, un período de inestabilidad política que comenzó con Adolphe Thiers y finalizó con Albert Lebrun.

Un breve *racconto* de los cambios políticos habidos en Francia prueba lo que digo.

¹⁸⁴ Asimismo bajo la Tercera República florecieron en las letras Émile Zola, Anatole France, Paul Verlaine, Guy de Maupassant, Victor Hugo, Arthur Rimbaud y Guillaume Apollinaire, y en la pintura toda la escuela impresionista.

Desde 1789 los franceses han tenido: la Primera República, el Directorio, el Consulado, el Imperio, la restauración de la monarquía, la revolución de 1830, la Revolución de 1848, la Segunda República, el Segundo Imperio y, desde la caída de Napoléon III, tres repúblicas más. La Tercera, que comenzó con Bismarck en 1870 y terminó con Hitler en 1940, la Cuarta de 1946 y la Quinta de 1958.

Nada de ello, sin embargo, ha opacado el brillo de lo que es un orgullo de Francia: su administración y, más especialmente, su figura estelar: el Consejo de Estado, una institución secular que, desde los elegantes salones del *Palais Royale*, antigua residencia del Cardenal Richelieu y luego de los Duques de Orleans y su famosa pinacoteca, ha visto pasar incólume un gobierno tras otro, fortaleciendo su influencia y su prestigio.¹⁸⁵ Una institución que ha despertado, incluso, la curiosidad de autores norteamericanos, como Bernard Schwartz quien, con ocasión del sesquicentenario de su creación, escribió un trabajo, prologado por Arthur Vanderbilt, comparando el derecho administrativo francés con el sistema del *common law*.¹⁸⁶

Esta relevancia institucional queda reflejada en las palabras de *Jean-Marc Sauvé*, su Vicepresidente desde 2006,¹⁸⁷ quien en una conferencia dada en Australia, en marzo de 2010, dijo: “*En mi país el Consejo de Estado es la médula espinal de todo el sistema de juzgamiento de la Administración*”.¹⁸⁸

B. La noción francesa de separación de los poderes y el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Veamos, entonces, en qué consiste en Francia la separación de poderes, donde aparece íntimamente vinculada con el nacimiento de la jurisdicción contencioso

¹⁸⁵ Basta recordar la conmemoración oficial del bicentenario del Consejo de Estado, que tuvo lugar en el solemne anfiteatro de la Sorbona entre los días 13 y 15 de diciembre de 1999, donde se celebró un gran coloquio internacional, con representantes de 40 países, inaugurado por el entonces Presidente de la República, Jacques Chirac y clausurado por el Primer Ministro, Lionel Jospin.

¹⁸⁶ SCHWARTZ, Bernard: *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954.

¹⁸⁷ Cabe anotar que la autoridad máxima del Consejo de Estado es el Vicepresidente. La denominación de “Vicepresidente” es un vestigio de la época en que el Consejo estaba presidido por el jefe del gobierno o por un ministro, secundado por un vicepresidente.

¹⁸⁸ Vid: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/The-French-administrative-jurisdictional-system>

administrativa, tal como lo demostró en su momento Jorge Tristán Bosch¹⁸⁹ en un artículo publicado en 1945.¹⁹⁰

La misma aparece en La Ley del 22 de diciembre de 1789 y en la Ley de Organización Judicial, de agosto de 1790, primeros peldaños en la construcción de la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 13 de esta segunda ley decía: "*Las funciones judiciales son y serán distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones*".

Es interesante ver qué diferente es esta noción, según la cual los jueces no pueden interferir en la función administrativa, bajo pena de incurrir en prevaricato, a la que inspira el artículo 109 de nuestra Constitución, íntimamente relacionado con el artículo 29 y que en palabras de la Académica Dra. María Angélica Gelli "*asegura una especial y estricta división de poderes entre el judicial y el Ejecutivo*".¹⁹¹

En Francia la garantía consiste en que los jueces no administren. En nuestro sistema, por el contrario, consiste en que la Administración no juzgue.

Esta noción no ha variado con la Quinta República. Más aún, el artículo 64 de la Constitución de 1958 dice "*El Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial*".

Esta noción de rígida separación entre jueces y Administración pública, fue volcada luego en el artículo 5 de la Constitución de 1791 y más tarde se reprodujo, en términos más enérgicos aún, en la Ley del 3 de septiembre de 1795, que decía: "*Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de la Administración, cualquiera que sea su especie*".

Estas leyes, que establecieron el llamado sistema del "ministro-juez", crearon un cierto descontento y por ello cuando Napoleón conquista el poder completo luego del golpe de estado del 18 de Brumario del Año VIII, es decir, de 1799, la

¹⁸⁹ BOSCH, Jorge Tristán: *El origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia y la separación de poderes*, Revista de Argentina de Estudios Políticos, Instituto Argentino de estudios Políticos, Buenos Aires, Año I, N° 1, pp. 91-109.

¹⁹⁰ Agradezco al Dr. Juan Carlos Cassagne que haya tenido la gentileza de facilitármelo.

¹⁹¹ GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, T. II, p. 450.

Constitución de diciembre de ese año, redactada por Napoleón a su medida, crea el Consejo de Estado, poniéndolo bajo la dirección del Consulado, o sea de Napoleón.

C. La consolidación y evolución posterior del Consejo de Estado y la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A este nuevo órgano, establecido el día de Navidad de 1799,¹⁹² se le atribuyeron inicialmente funciones tan sólo consultivas, para redactar leyes y para resolver los recursos de los particulares y tal competencia se mantuvo durante los primeros setenta años de su existencia en los cuales rigió el sistema de la llamada “justicia retenida”.

Luego de la caída del Segundo Imperio, que lo había disuelto en 1870, una ley de 1872 le atribuyó formalmente al Consejo de Estado la facultad de resolver por sí las controversias entre la Administración y los particulares, lo que permitió el paso de la “justicia retenida” a la “justicia delegada” formalizándose el sistema de doble jurisdicción: la contencioso-administrativa encabezada por el Consejo de Estado y la judicial, es decir, los tribunales ordinarios, cuyo órgano superior era la Corte de Casación.

Algunos años después, en 1889, el Consejo de Estado fortaleció su jurisdicción al resolver el caso “Cadot”, del 13 de diciembre de 1899,¹⁹³ en el cual, respondiendo al clamor de que los reclamos y recursos contra la administración, siempre eran resueltas, al menos en primera instancia, a favor de aquella, admitió que un recurso administrativo podía ser interpuesto directamente ante el propio Consejo, sin necesidad de que interviniera previamente el ministro competente.

Luego de ochenta años de ejercer esta jurisdicción, el Consejo de Estado estaba sobrecargado de tareas. A comienzos de la década de 1950 tenía más de 25.000 casos pendientes de resolución. Muchos de ellos provenían de funcionarios que habían sido exonerados bajo la acusación de haber colaborado con los nazis durante la Guerra. Pero más importante aún, en cantidad y permanencia, eran los recursos que el

¹⁹² La evolución histórica del Consejo de Estado se ha escrito muchas veces. Entre los autores franceses puede verse, entre otros: ODENT, Raymond: *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, Tome i, p. 620 y ss; DEBBASCH, Charles e RICCI, Jean-Claude: *Contentieux administratif*, Dalloz, 1999, p. 168. En español: CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: *Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)*, Revista de Administración Pública, Nº 153, Sept-Dic 200, pp. 519-535.

¹⁹³ Recueil 1148, concl. Jagerschmidt.

Consejo debía resolver como resultado de la aplicación de los nuevos planes de regulación e intervención estatal en la economía.

Fue así que, en 1953, la jurisdicción del Consejo de Estado, hasta ese momento originaria y exclusiva, fue desconcentrada otorgándose una parte importante de ella a tribunales administrativos regionales, comúnmente llamados tribunales administrativos que, en la actualidad, suman en total 42.

Esta reforma produjo inicialmente sus beneficios pues descargó de tareas al Consejo de Estado pero, a mediados de la década de 1980, la carga de tareas se había incrementado nuevamente y fue necesario crear una nueva instancia intermedia entre el Consejo y los tribunales administrativos. Nacieron así, en 1987, la Cortes Administrativas de Apelación, divididas a su vez en salas, que en la actualidad son 8, distribuidas a lo largo del territorio francés.¹⁹⁴

Como vemos, para descargar de tareas a los tribunales superiores, el ingenio humano no ha inventado, hasta ahora, nada más creativo que agregar nuevas instancias intermedias y establecer recursos que pueden ser resueltos en forma discrecional.

Como fruto de esta evolución, que sólo puedo relatar aquí en forma muy parcial y probablemente insuficiente, el llamado “contencioso-administrativo” francés es hoy una dilatada y compleja organización, cuya cabeza es el Consejo de Estado, que con sus 300 miembros, tanto juzga a la administración, con apelación judicial limitada, como la asesora, produciendo cada día lo que alguna vez Prosper Weil llamó el “Milagro del Consejo de Estado”.

D. La Constitución de la Quinta República. El diseño de poder.

Veamos ahora cómo es el diseño de poder en la Constitución de la Quinta República.

Tal vez lo que más impresiona cuando uno lee esta Constitución, es que luego de referirse a la Soberanía en el Título I, el Título siguiente está referido al Presidente de la República. Usualmente las constituciones comienzan regulando al órgano legislativo, porque es a quien se le otorga mayor importancia representativa. La constitución francesa, en cambio, comienza por el Presidente. Obviamente,

¹⁹⁴ Están ubicadas en: Paris, Versailles, Douai, Nancy, Lyon, Marseille, Bordeaux y Nantes.

influyeron en ello circunstancias históricas relevantes como el fracaso de la Cuarta República y la Guerra de Argelia, que obligaron al *General de Gaulle* a consolidar su poder. Tampoco fue ajena a esta impronta la propia personalidad del héroe francés.

Como resultado de ello, los franceses han elaborado un sistema parlamentario pero con características propias, ya que en Francia el Presidente no está controlado por las cámaras legislativas, pero puede disolver la Asamblea Nacional.

Así, en el marco de un sistema parlamentario, la Constitución de 1958 estableció un sistema presidencialista, como en los Estados Unidos, pero en el cual el ejecutivo aprovecha para sí las ventajas de los dos sistemas. En síntesis, la supremacía es netamente ejecutiva.

Así la pensaron sus ideólogos. En una alocución de octubre de 1962 *De Gaulle* dijo que la Constitución “*hace realmente del Presidente de la República el jefe del Estado y el guía de Francia*”. Estaba presente en esta afirmación el espíritu de los dos discursos de Bayeux dados por *De Gaulle*, el primero, en 1944, luego del desembarco de los aliados en Normandía y el segundo en 1946, después de la Liberación.

Más tarde en una conferencia de prensa, en enero de 1964, *De Gaulle* sostuvo “*Alors le Président fait la répartition comme il le juge nécessaire. Mais s'il doit être entendu, et c'est vrai que l'autorité indivisible de l'Etat est déléguée toute entière au président par le peuple qui l'a élu, et qu'il n'y en a aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne puisse être conférée ou maintenue autrement que par lui. Et qu'il lui appartient d'ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dans lesquels il délègue l'action à d'autres, il serait foncièrement mauvais que dans les temps ordinaires, la fonction et le champ d'action du président de la République soient confondus avec ceux du Premier Ministre*”.¹⁹⁵

Mencionaré algunas de las potestades que hacen del Presidente de la República el eje del sistema constitucional francés. El artículo 5 dice que el Presidente vela por el respeto de la Constitución, garantiza y arbitra el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado y ampara la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los tratados, como una suerte de padre de la Nación. Algunos comentaristas dicen que este artículo responde, sin duda, al deseo

¹⁹⁵ Ver: <http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00382/conference-de-presse-du-31-janvier-1964.html>

de aportar una solución al problema de la legitimación de poder. En el espíritu del general de Gaulle, el Presidente de la República debía ser el continuador de los reyes que construyeron el Estado, y la Presidencia de la República, el símbolo de la unión de la Nación. En caso de peligro, es necesario que el que preside la Nación tiene el derecho y el deber de tomar las iniciativas para garantizar su supervivencia.¹⁹⁶

No menos importante, es la posibilidad de que el Presidente disuelva la Asamblea Nacional (artículo 12).¹⁹⁷ Además de ello el Presidente nombra al Primer Ministro y pone fin a sus funciones en el momento en que éste presenta la dimisión del Gobierno (artículo 8); se comunica con las dos Cámaras del Parlamento por medio de mensajes que hace leer y que “no dan lugar a ningún debate” (artículo 18); nombra al Presidente del Consejo Constitucional (artículo 56); y preside el Consejo Superior de la Magistratura (artículo 65) y “garantiza la independencia de la autoridad judicial” (artículo 64).

No en vano Michel Debré, teórico del gaullismo uno de los principales redactores de la Constitución y Primer Ministro (1959-1962), decía en su discurso del 27 de agosto de 1958 ante el Consejo Constitucional, que el Presidente de la República es la *clef de voûte du système* (piedra angular del sistema).¹⁹⁸

E. El control de constitucionalidad.

¹⁹⁶ LUCHAIRE, François; CONAC, Gérard; PRETOT, Xavier: *La Constitution de la République Française*, 3^e édition, Economica, Paris, 2009, p. 230.

¹⁹⁷ El artículo 12 hace del derecho de disolución una prerrogativa personal y un poder propio del Presidente de la República que ha sido utilizado en cinco oportunidades: el 6 octubre de 1962, el 30 de mayo de 1968, el 18 de mayo de 1981, el 13 de mayo 1988 y el 21 de abril de 1991). Le corresponde entonces al Presidente decidir discrecionalmente si debe o no hacer uso de ese derecho. En cuanto a la forma, el Presidente de la República debe, antes de pronunciar la disolución, consultar el Primer Ministro, y a los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional, pero no está obligado a seguir su opinión, que puede ser contraria. En cuanto al período de ejercicio, la disolución no puede intervenir: (1) en el año que sigue a las elecciones intervinientes después de una disolución (artículo 12.4); (2) durante el ejercicio para el Presidente de la República de los poderes excepcionales previstos por el artículo 16; (3) durante la interinidad asegurada al presidente del Senado en caso de vacancia de la Presidencia de la República (artículo 7). Tratándose de un poder propio del Presidente de la República, el decreto de disolución no debe ser avalado por el Primer Ministro. La disolución debe ser seguida de las elecciones generales en el plazo fijado por el artículo 12, y la nueva Asamblea Nacional se reúne de pleno derecho. Esta no tiene ningún efecto en el Senado. Tampoco lo tiene, en principio, en el Gobierno, que está obligado -sólo por una costumbre- a renunciar después de la elección de la Asamblea y que puede, algunas veces, no ser reconducido, como fue el caso, en 1968, después de las elecciones que, sin embargo, habían sido ganadas. Vid. CABANIS, A. y MARTIN, L. M.: *La dissolution parlementaire a la française*, Presses de Science Politique, 2001.

¹⁹⁸ “Si vous me permettez une image empruntée à l’architecture, je dirai qu’à ce régime parlementaire neuf, et à cette Communauté qui commence à s’ébaucher, il faut une clef de voûte. Cette clef de voûte, c’est le Président de la République”. <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>

Tampoco podría decirse que el sistema de control constitucional equilibra en Francia la separación de poderes, ya que los jueces no ejercen allí control de constitucionalidad.

En Francia el control constitucional lo ejerce el Consejo Constitucional en el cual, la influencia del Presidente es importante, pues elige a un tercio de sus miembros y designa al Presidente que tiene doble voto en caso de empate.¹⁹⁹

Originariamente el Consejo sólo era consultado sobre la constitucionalidad de las leyes antes de su sanción. Desde marzo de 2010, el sistema permite que también se ejerza el control luego de sancionada la ley, cuando ésta debe ser aplicada en casos concretos, por medio de la llamada “cuestión prioritaria de constitucionalidad”; pero ésta sólo se activa por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de casación.²⁰⁰

Así, la jurisdicción constitucional en Francia, no es una facultad propia de los jueces que, en cierto modo, siguen siendo “*la boca de la ley*”.

V. *El modelo norteamericano.*

A. *Las bases del sistema y su evolución posterior.*

A diferencia del Reino Unido y Francia, en los Estados Unidos ningún poder es superior al otro, todos son formal y jerárquicamente iguales. Deben actuar coordinadamente, ejerciendo controles recíprocos que tiendan al equilibrio entre ellos, generando lo que *Martin Redish* llamaba una superposición funcional (*functional overlap*) entre cada uno.²⁰¹

Así fue establecido inicialmente por Madison en los Nos. 48 y 49 de El Federalista y luego fue repetido por Story en sus *Commentaries on the Constitution*

¹⁹⁹ De acuerdo con el artículo 56 de la Constitución: “El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional. El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.”

²⁰⁰ Ver entre otros: CARCASSONNE, Guy y DUHAMEL, Olivier: *QPC – La Question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2011.

²⁰¹ REDISH, Martin, *Federal Jurisdiction: tension in the allocation of Judicial Power*, 2nd edition, The Michie Company, Virginia, 1990.p. 13.

of the United States.²⁰² A su turno, la Corte Suprema la hizo suya en *Kilbourn v. Thompson*,²⁰³ sin perjuicio, naturalmente, de que en algunos casos se han adoptado decisiones más rígidas que en otros, como veremos en los párrafos que siguen.

B. El rol institucional de la Corte Suprema.

El dato más típico del sistema norteamericano, es el extraordinario rol constitucional y político que tiene la Corte Suprema.

Si la palanca de *Arquímedes* en el Reino Unido fue el Parlamento y en Francia el Consejo de Estado, en los Estados Unidos ha sido la Corte. Ella misma lo hizo posible cuando se adjudicó, desde el comienzo, el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, una función que han ejercido ininterrumpidamente desde *Marbury v. Madison*.²⁰⁴

Por ello, más de un siglo después de *Marbury*, *Charles Warren*, uno de los historiadores clásicos de la Corte Suprema, dijo “[l]a historia de los Estados Unidos ha sido escrita no solamente en las salas del Congreso, en las oficinas del Ejecutivo y en los campos de batalla, ha sido escrita también en los estrados de la Corte Suprema” quien, como fundamento de su opinión, cita una alocución dada por el Presidente Theodore Roosevelt en 1902 donde dijo: “[e]n ningún estudio serio acerca de la historia de los Estados Unidos, sería posible omitir el inmenso papel

²⁰² “... when we speak of a separation of the three great departments of government, and maintain, that that separation is indispensable to public liberty, we are to understand this maxim in a limited sense. It is not meant to affirm, that they must be kept wholly and entirely separate and distinct, and have no common link of connection or dependence, the one upon the other, in the slightest degree. The true meaning is, that the whole power of one of these departments should not be exercised by the same hands, which possess the whole power of either of the other departments and that such exercise of the whole would I subvert the principles of a free constitution. This has been shown with great clearness and accuracy by the authors of the *Federalist*”. STORY, Joseph: *Commentaries on the Constitution of the United States*, 3rd edition, Little Brown, & Co., Boston, 1858 (reprint by The Law Book Exchange, 2001) vol. I, p. 368.

²⁰³ 103 U.S. 168, 190-191 (1881) “It is believed to be one of the chief merits of the American system of written constitutional law that all the powers intrusted to government, whether State or national, are divided into the three grand departments, the executive, the legislative, and the judicial. That the functions appropriate to each of these branches of government shall be vested in a separate body of public servants, and that the perfection of the system requires that the lines which separate and divide these departments shall be broadly and clearly defined. It is also essential to the successful working of this system that the persons intrusted with power in any one of these branches shall not be permitted to encroach upon the powers confided to the others, but that each shall, by the law of its creation, be limited to the exercise of the powers appropriate to its own department, and no other”.

²⁰⁴ 5 U.S. 137 (1803).

*jugado por la Corte Suprema, no sólo en la modificación, sino en la creación de las grandes políticas a través de las cuales el país ha llegado a su actual posición”.*²⁰⁵

Como resultado de ello, la Corte Suprema en los Estados Unidos ha sido un árbitro permanente -bien que no siempre acertado- en los conflictos institucionales más importantes llegando, incluso, a dirimir -con muy escasa mayoría- la elección presidencial del año 2000 entre George Bush y Albert Gore. Esta prolífica actividad dio lugar a que, en 1920, *Edouard Lambert* definiera, con sentido crítico, al gobierno norteamericano como “El Gobierno de los Jueces”.²⁰⁶

C. Dos teorías en competencia.

En los Estados Unidos compiten dos teorías sobre la separación de poderes: la funcional y la formal.

La primera, que es la más extendida, aboga por una interpretación flexible, mientras que la segunda tiene una visión más rígida de las competencias asignadas a cada poder.

D. La interpretación funcional.

La interpretación funcional puede verse en cinco ejemplos que paso a mencionar.

i. El control de constitucionalidad.

El primero de ellos ha sido como dije, el control de constitucionalidad, mediante el cual la Corte Suprema controla a los otros dos poderes, lo que no ocurre ni en el Reino Unido ni en Francia.

Con esta herramienta en la mano, la Corte Suprema ha sido artífice de verdaderas políticas de Estado:

- fortaleció al gobierno federal al permitirle tener un banco central en *McCulloch v. Maryland*²⁰⁷ y al reconocerle al Congreso autoridad para regular el comercio interestatal en *Gibbons v. Ogden*;²⁰⁸

²⁰⁵ WARREN, Charles, *The Supreme Court in the United States History*, Boston, Little Brown and Company, 1926, (reprint: Fred B. Rothman & Co., Colorado, 1987), V. I, p. 1.

²⁰⁶ LAMBERT, Edouard: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, Marcel Giard, Paris, 1921.

²⁰⁷ 17 U.S. 316 (1819).

²⁰⁸ 22 U.S. 1 (1824).

- promovió la Guerra Civil al resolver el caso *Dred Scott v. Sandford*,²⁰⁹ por medio de una interpretación colonial de la esclavitud;
- impulsó la regulación económica en *Munn v. Illinois*,²¹⁰ al admitir la imposición de precios máximos;
- puso en jaque el *New Deal* del Presidente Roosevelt en *Panama Refining Co. v. Ryan*²¹¹ y *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*,²¹²
- modificó las estructuras sociales del país en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,²¹³ cuando ordenó la desegregación racial;
- ha sido una defensora acérrima de la libertad de expresión, tolerando la quema de la bandera, en *Texas v. Johnson*²¹⁴ (1989) y la pornografía por internet, en el caso *Reno v. American Civil Liberties Union*,²¹⁵
- se opuso a la aplicación de la ley marcial por comisiones militares especiales por considerarla violatoria de la convención de Ginebra en *Hamdan v. Rumsfeld*,²¹⁶
- apoyó el llamado “Obamacare” en *National Federation of Independent Business v. Sebelius*,²¹⁷
- y declaró constitucional el matrimonio de personas del mismo sexo en *Obergefell v. Hodges*.²¹⁸

ii. *La delegación legislativa.*

El segundo *test* para examinar la teoría funcional, es la delegación de facultades legislativas, un tema intensamente estudiado en el derecho argentino por el Académico Dr. Alfonso Santiago, pasión que compartimos.²¹⁹

En los Estados Unidos la delegación legislativa está permitida, incluso, a favor de los tribunales federales para dictar normas procesales, habilitación por medio de la

²⁰⁹ 60 U.S. 393 (1857).

²¹⁰ 94 U.S. 113 (1876).

²¹¹ 293 U.S. 388 (1935).

²¹² 295 U.S. 495 (1935).

²¹³ 347 U.S. 483 (1954).

²¹⁴ 491 U.S. 397 (1989).

²¹⁵ 521 U.S. 844 (1997).

²¹⁶ 548 U.S. 557 (2006).

²¹⁷ 567 U.S. 519 (2012).

²¹⁸ 576 U.S. (2015).

²¹⁹ SANTIAGO, Alfonso y THURY CORNEJO, Valentín: *Tratado sobre la Delegación Legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

cual la Corte Suprema sanciona verdaderos códigos procesales, si nos atenemos a su extensión y detalle. Así fue decidido en el caso *Wayman v. Southard*.²²⁰

Esta facultad es desconocida en el derecho argentino.

Solamente durante el *New Deal*, en los casos antes mencionados, la Corte declaró inconstitucionales algunas de las leyes integrantes del intenso programa del Presidente Roosevelt para poner remedio a la crisis económica.

Cierto es que dichas leyes habían delegado poderes muy amplios en el Presidente, superando los límites de todas las delegaciones conocidas hasta ese momento.

Pero tampoco olvidemos el enfrentamiento existente, por aquel entonces, entre Roosevelt y el ala conservadora de la Corte, a la que se sumó en esos casos* Charles Evans Hughes, el Presidente del tribunal, un experimentado político republicano que había sido gobernador de New York y candidato a Presidente.

Desde entonces no se registran precedentes en los cuales se haya objetado la delegación legislativa efectuada por leyes federales.

iii. La “doctrina de la deferencia.

Una consecuencia de lo anterior, útil también para robustecer la teoría funcional, es la llamada “*doctrina de la deferencia*”, según la cual los jueces son “deferentes” con la reglamentación de una ley, es decir, no la revisan, salvo casos de manifiesto error o irrazonabilidad.

La doctrina de la deferencia se desarrolló en la década de 1940 y los casos más célebres son: *Gray v. Powell*²²¹ *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*²²² y *Chevron v. Natural Resources Defense Council*²²³. Éste último fue un caso ambiental muy controvertido en el cual se alegaba que la Agencia de Protección Ambiental había excedido sus facultades al regular las cuotas de polución permitidas para ciertas industrias.

Como puede verse, salvo casos de manifiesta irrazonabilidad, la Corte no interviene en la relación que entablan el Congreso y la Administración por medio de la delegación legislativa.

²²⁰ 23 U.S. 1 (1825).

²²¹ 314 U.S. 402 (1941).

²²² 325 U.S. 410 (1945).

²²³ 467 U.S. 837 (1984).

iv. Los acuerdos ejecutivos.

Otro ejemplo que ilustra la teoría funcional es la celebración de acuerdos internacionales por el Presidente, sin intervención del Congreso. Se trata de los llamados “acuerdos ejecutivos”, materia que ha sido analizada por los Académicos Jorge Vanossi y Alberto Dalla Vía en su obra sobre los tratados internacionales.²²⁴

En los Estados Unidos los acuerdos ejecutivos han sido reconocidos por la Corte Suprema desde 1829, en el caso *Foster v. Nielson*²²⁵, luego en *United States v. Belmont*²²⁶ y poco después en *United States v. Pink*²²⁷, donde les reconoció igual validez que a los tratados.

En tiempos recientes el caso más importante en esta materia ha sido *Dames & Moore v. Reagan*,²²⁸ originado con la toma de rehenes en la embajada norteamericana en Irán. Como represalia por ese acto de fuerza, el Presidente Carter ordenó congelar todas las cuentas y depósitos del gobierno Iraní en los Estados Unidos, lo que permitió a Dame & Moore trabar un embargo sobre cuentas iraníes en bancos norteamericanos. Pero esta medida fue luego levantada por orden del Presidente Reagan cuando los rehenes fueron liberados, decisión que la Corte convalidó, sosteniendo que los fondos de gobiernos extranjeros podían ser utilizados como moneda de canje en casos de crisis con negociaciones hostiles.

v. Las tareas judiciales de la Administración. La llamada “jurisdicción primaria”.

Finalmente, menciono el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración.

En los Estados Unidos un ejemplo de ello es la doctrina de la *primary jurisdiction*, cuyos fundamentos han sido suficientemente explicados entre nosotros por el Académico Dr. Héctor Mairal.²²⁹ Esta doctrina fue inaugurada por la Corte Suprema en el caso *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil Co.*,²³⁰ que avaló

²²⁴ VANOSSO, Jorge y DALLA VÍA, Alberto: *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, cap. VI. Sobre el tema véase también SÈVE DE GASTÓN, Alberto: *Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1970. Entre los autores de los Estados Unidos puede verse: JOHNSON, Loch K.: *The Making of the International Agreements, Congress Confronts the Executive*, New York University Press, 1984.

²²⁵ 27 U.S. 253 (1829).

²²⁶ 301 U.S. 324 (1937).

²²⁷ 315 U.S. 203 (1942).

²²⁸ 453 U.S. 654 (1981).

²²⁹ MAIRAL, Héctor A.: *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1982, T. II, pp. 714, 715, 717-722.

²³⁰ 204 U.S. 426 (1907).

la jurisdicción primaria atribuida a la Interstate Commerce Commission y se ha repetido en muchos otros casos.

La jurisdicción primaria tiene lugar cuando la ley acuerda a la Administración la facultad de resolver inicialmente -“primariamente”- un caso que, de otra manera, correspondería a los jueces.

E. La interpretación formal.

Veamos ahora tres casos de interpretación formal de la separación de poderes.

i. El veto legislativo y el caso “Chadha”.

El primero de ellos es el del llamado “veto legislativo”, mediante el cual el Congreso puede revocar una decisión administrativa. Esta prerrogativa, bastante habitual en las leyes norteamericanas, no existe en la Argentina.

La cuestión se planteó en el caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*.²³¹ Jagdish Rai Chadha, nativo de Kenya y residente en Estados Unidos con pasaporte británico y visa de estudiante, fue autorizado por la autoridad migratoria a permanecer en suelo norteamericano luego de expirada su visa.

Esta decisión fue revocada por el Congreso, que ordenó la deportación de Chadha con intervención de una sola cámara, pues así lo permitía la ley aplicable.

La Corte entendió que, en este caso, el veto legislativo violaba la separación de poderes, pues se revisaba una decisión administrativa sin intervención de ambas cámaras.

ii. La remoción de funcionarios ejecutivos por el Congreso.

Tampoco se le permitió al Congreso ejecutar las leyes o remover por sí a los funcionarios de la Administración, según lo decidido en *Bowsher v. Synar*.²³²

A fin de reducir el déficit fiscal y equilibrar el presupuesto, el Congreso había autorizado al *Comptroller General* a ejecutar recortes en el Presupuesto y reducir el personal de la Administración.

La Corte lo declaró inconstitucional en tanto el *Comptroller General*, un funcionario que actúa en jurisdicción del Congreso, equivalente al Auditor General de la Nación, no puede ejecutar una ley, ni reducir el personal de la Administración.

²³¹ 462 U.S. 919 (1983).

²³² 478 U.S. 714 (1986).

iii. El Steel seizure case.

Puede verse también una interpretación formal de la separación de poderes, en el caso *Youngstown Tube and Sheet Co. v. Sawyer*,²³³ cuando el Presidente Truman intervino las fábricas de acero durante la Guerra de Corea.

Aprovechando el conflicto, los gremios incrementaron sus demandas y, al no ser satisfechas, declararon una huelga general. Incapaz de resolver el problema por vía de una negociación, Truman intervino todas las compañías, que inmediatamente impugnaron judicialmente la intervención.

Pese a que el país estaba en guerra y la producción de acero era vital, la Corte negó que el Presidente tuviera facultades para intervenir una compañía privada.

F. El llamado “Estado administrativo”.

Voy a mencionar, por último el fenómeno del llamado “Estado Administrativo”, que hunde sus raíces en la intervención estatal en la economía, fenómeno que Juan Carlos Cassagne ha descripto en un artículo reciente diciendo: *“La lucha entre las distintas fuerzas que componen la sociedad y el Estado -dice Cassagne- no constituye un nuevo fenómeno sociopolítico, y la historia del mundo demuestra la ocurrencia de esta confrontación en diferentes épocas de la humanidad. Lo novedoso es que por primera vez el poder estatal se infiltró en el siglo XX de ideologías que pretendieron, como objetivo fundamental, la absorción de la sociedad por el Estado, intento este que no había sido preconizado antes, al menos en esa escala, ni siquiera por el absolutismo. Todo ello condujo a un mayor y acentuado intervencionismo estatal”*.²³⁴

Apareció así, el “Estado regulador” impulsado desde la ciencia económica por John Maynard Keynes y desde la ciencia política por Harlod Laski, entre otros.

En nuestro país este fenómeno ha dado lugar al Derecho Constitucional Económico, estudiado con detalle por el Académico Dr. Alberto Dalla Vía²³⁵ y, en una versión políticamente deformada, ha facilitado el desarrollo del llamado “Estado

²³³ 343 U.S. 579 (1952).

²³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos: *La teoría del Estado y temas colindantes. Formas de Estado y formas de Gobierno en la República Argentina*, Revista el Derecho, 11 de septiembre de 2017.

²³⁵ DALLA VÍA, Alberto R.: *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Populista”, estudiado recientemente por el Dr. Juan Carlos Cassagne en su libro más reciente.²³⁶

Este fenómeno ha producido una hiperinflación de las oficinas estatales, incrementando de esta manera el poder de la rama ejecutiva.

Como resultado de ello, la preeminencia que otrora tenía el Congreso en la toma de decisión, se ha trasladado al órgano ejecutivo.

Si bien esto no es una novedad, lo que sí constituye una corriente nueva de pensamiento en los Estados Unidos, es el cuestionamiento constitucional de esta traslación.

En la actualidad algunos autores como Philip Hamburger²³⁷ y Joseph Postell²³⁸ sostienen que el “estado administrativo” es inconstitucional, pues la decisión política ya no recae en los representantes elegidos por el voto popular, sino en funcionarios ejecutivos que no son responsables ante el electorado.

Esta preocupación no se limita tan solo a los círculos académicos, sino que ha sido expresada también desde la Corte Suprema. En su voto en el caso *City of Arlington v. Federal Communications Commission*²³⁹ John Roberts, Presidente del tribunal, ha dicho “*el peligro que engendra el creciente poder del Estado administrativo no puede ser descartado*”.²⁴⁰

En síntesis, ya no se trata solamente de un nuevo modelo de separación de poderes. Podríamos estar ante una versión inconstitucional del mismo.

VI. ¿Tres modelos de Administración?

Pues bien, habiendo descripto los tres modelos de la separación de poderes, cabe preguntarme si cada uno de ellos ha gestado un modelo diferente de Administración.

²³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos: *El Estado Populista*, Julio César Faira Editor, Montevideo, 2017.

²³⁷ *Hamburger*: Philip: *The Administrative Threat*, Encounter Books, New York, 2017 y *Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, 2014.

²³⁸ Postell, Joseph: *Bureacracy in America. The Administrative's State Challenge to Constitutional Government*, University of Missouri Press, 2017.

²³⁹ 569 U.S. (2013).

²⁴⁰ “*It would be a bit much to describe the result as ‘the very definition of tyranny,’ but the danger posed by the growing power of the administrative state cannot be dismissed*”.

La respuesta puede ser negativa o positiva, según el ángulo desde el cual se aborde la cuestión.

Será negativa si miramos a la Administración Pública tan sólo como un conjunto de entes y órganos que, bajo el Presidente o el Primer Ministro, según los casos, ejercen aquello que tan genéricamente se denomina la “función administrativa”.

Ahora bien, será muy difícil encontrar un sistema en el cual la Administración no tenga estas características. En cualquiera de ellas encontraremos una administración centralizada y descentralizada y ésta, a su vez, estará compuesta por una variada cantidad de entes con grados diversos de descentralización, al que se sumarán empresas públicas y semipúblicas.

Me parece, sin embargo, que esta observación puramente física de la Administración, peca por incompleta. Si nos limitáramos a este análisis, tampoco encontraríamos ninguna diferencia entre el Parlamento inglés, el Congreso de los Estados Unidos y el Senado y la Asamblea Nacional en Francia. Finalmente, todos ellos se componen de dos cámaras legislativas cuyos miembros ejercen la “función legislativa”. Algo similar podría decirse de la organización judicial.

Sin embargo, las diferencias entre la Administración inglesa, la francesa y la norteamericana son notables.

En la Administración inglesa su jefe, el Primer Ministro, es un miembro del Parlamento, que dimite cuando su partido pierde la mayoría legislativa y es llevada a juicio ante los mismos tribunales que juzgan a todos los ciudadanos.

La Administración francesa, en cambio, es casi un estado dentro del mismo Estado, que tanto juzga, como asesora al gobierno y cuyos actos son revisados por sus propios tribunales, con instancia final en el Consejo de Estado.

Enfrente de ellos están los Estados Unidos, donde Congreso y Administración se disputan, día a día, su cuota de poder, una rivalidad en la cual sus altibajos dependen, en buena medida, de la mayoría legislativa del partido del Presidente y cuyo árbitro final es la Corte Suprema, que decide, en cada caso, la medida de la separación de poderes.

Tengo para mí, entonces, que la diferencia sustancial entre cada uno de estos modelos, no pasa por el diseño físico de la Administración, sino por el modo y grado

de control al que está sometida cada una de ellas por los restantes poderes, pues ello permite verificar, en definitiva, la mayor o menor intensidad de la separación de poderes.

Es aquí en donde hay que detenerse en la crítica que Karl Loewenstein hacía de la teoría clásica, sosteniendo que no tiene en cuenta la “función de control”.

Desde este punto de vista, tenemos tres administraciones diferentes.

En el mayor grado de separación o “aislamiento” de los otros poderes, en el sentido que le daba Prosper Weil, está la Administración francesa.

En Francia la Administración, salvo excepciones, se controla a sí misma por medio del sistema de tribunales contencioso-administrativos con vértice en el Consejo de Estado. Ya hemos visto que, desde el comienzo, los franceses adoptaron una separación rígida, que impide a los jueces controlar a la Administración porque ello implicaría administrar. Podría decirse que la Administración francesa es prácticamente autónoma de los otros poderes e inmune a los cambios constitucionales.

En el segundo grado de separación se ubica la Administración norteamericana. Si bien, tanto la Corte Suprema como el Congreso la controlan, esos controles tienen sus límites. No existe jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración está sujeta a los mismos jueces federales que los particulares, pero éstos son “deferentes” con la reglamentación de las leyes. Tampoco está permitido que el Congreso ejerza indiscriminadamente el veto legislativo o remueva por sí a los funcionarios administrativos. Asimismo, en el sistema norteamericano está prohibido que los ministros del Poder Ejecutivo sean, a la vez legisladores.

Como resultado de ello, en los Estados Unidos la separación entre los jueces ordinarios y la Administración es menos rígida que en el sistema francés y existe coordinación entre la Administración y los restantes poderes.

Por último, en el tercer grado de separación, se encuentra la Administración británica. En el Reino Unido, la Administración parecería ser una prolongación del Parlamento, ya que nadie puede ser Primer Ministro ni miembro del Gabinete si no es, al mismo tiempo, un miembro del Parlamento. A su vez, en el Reino Unido la actividad de la Administración está sometida al control de los jueces ordinarios, que lo ejercen con la amplitud que les otorga la difusa doctrina del *ultra vires*.

VII. Conclusiones.

En conclusión, bajo una misma teoría, cuyo propósito esencial es limitar el poder estatal en beneficio de la libertad individual, anidan muchas versiones de la misma a tal extremo que, por momentos, parecen opuestas.

Aun así, pese sus diferencias, lo que unifica a los tres sistemas mencionados, es el respeto que inspiran en cada una de ellas su principal institución: el Parlamento, el Consejo de Estado y la Corte Suprema.

Este respeto no es casual ni forzado; surge de la tradición histórica de cada país, de su particular idiosincrasia, a veces intransmisible a otras jurisdicciones, y de la capacidad de evolucionar y adaptarse a las nuevas realidades y exigencias de cada época.

Como reflexión final para constituyentes y políticos, en ocasiones tan entregados a la tarea reescribir la Constitución, me atrevería a recordar que ni el Parlamento inglés, ni el Consejo de Estado en Francia, le deben su prestigio y respeto al texto escrito de una constitución.

Y si bien la Corte Suprema en los Estados Unidos es una criatura típicamente constitucional, su verdadero poder reside en el control constitucional, que la Constitución no le otorgó expresamente.

No es el texto de la Constitución lo esencial, sino el modo en que se la aplica diariamente, en pos de la construcción de un sistema republicano.

Lo esencial, entonces, no es adoptar tal o cual modelo de separación de poderes en particular, sino la voluntad de convertirlo en un instrumento útil, que permita vivir bajo un gobierno de poderes limitados.

Porque, al fin y al cabo, repitiendo una muy conocida frase de Winston Churchill, la democracia es el peor de todos los sistemas, después de todos los demás.²⁴¹

²⁴¹ “*Many forms of government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time*”. House of Commons, Noviembre 11 de 1947.

**HACIA UNA ARMONIZACIÓN DE LAS CONCEPCIONES Y PRINCIPIOS
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Por Juan Carlos Cassagne

Sumario: I. Distintos sistemas en el derecho comparado. II. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la “*summa divisio*” como categoría histórica. III. Crisis y evolución de la contratación pública. IV. Los dilemas clásicos de la contratación pública. V. La influencia de la globalización. 6. Reflexiones conclusivas.

I. Distintos sistemas en el derecho comparado

El análisis más elemental sobre el derecho comparado revela la existencia de distintos sistemas en los que, no obstante, sus diferencias estructurales, aparecen una serie de simetrías producto más de la evolución de las propias instituciones del derecho vernáculo que de la adhesión a fórmulas comunes provenientes del derecho externo. Sin embargo, en algunas categorías específicas, el impacto de la globalización ha impreso sus huellas. Una muestra de este proceso de mundialización se encuentra en la aparición de figuras provenientes del derecho anglo-sajón que han sido adoptadas por los derechos europeos y latinoamericanos²⁴² (las llamadas asociaciones público-privadas o los “public-private partnership”, conocidos como PPPs).

La principal diferencia estructural que exhiben los sistemas anglo-sajones con los de Europa continental y, en general, de Latinoamérica, no estriba tanto en las fuentes romanistas en las que se nutren ambos derechos sino en la clásica “*divisio*”. Esto conduce a explicar dicha problemática antes de abordar las aproximaciones

²⁴² Vid. CASSAGNE, Ezequiel, *Las asociaciones público-privadas en Argentina*, Revista de Derecho Administrativo Nº 107, p. 647 y ss.; ARAGONE RIVOIR, Ignacio y PERRINO, Pablo E., *Participación público-privada y desarrollo de infraestructuras (¿Las nuevas regulaciones solucionan los viejos problemas?*, en AA.VV *Tendencias actuales de la contratación pública* (Dir. Eloy ESPINOSA SALDAÑA BARRERA), Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 200 y ss.; DE ALVARO MONTERO, Ángel y BORJA ACHA, Besga, *Análisis diacrónico de las formas de colaboración entre los Estados y el Sector Privado y, en particular, la colaboración público-privada en el ámbito de Defensa*, en la obra colectiva *La colaboración público-privada: análisis avanzado de esta modalidad contractual*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 46-47, nota 35 (Alberto PALOMAR OLMEDA, Dir.).

existentes entre ambos sistemas de cara a las diferentes concepciones que imperan en Europa continental y Latinoamérica.

Ante todo, como elemento a favor de la aproximación de los sistemas hay que advertir que en el derecho norteamericano los contratos que celebra el Estado contienen un conjunto de prerrogativas y peculiaridades que los distinguen de los contratos celebrados entre particulares regidos por el derecho común²⁴³, aspecto que ha sido señalado en la doctrina comparada²⁴⁴ y en la vernácula²⁴⁵.

II. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la “summa divisio” como categoría histórica

La delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos europeo y latinoamericano. Esto obedece a que el derecho público –particularmente

²⁴³ Sobre el punto puede verse: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo*, CASSAGNE, Juan Carlos (dir), *Derecho administrativo. Obra Colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 867-901, especialmente ps. 870-876; y del mismo autor, con particular referencia al proceso de publicación de los contratos del Estado en EE.UU. e Inglaterra, véanse las reflexiones expuestas en su *Contratos del Estado y common law*, prólogo a MONEDERO GIL, José I., *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

²⁴⁴ Resulta ineludible remitirse a TURPIN, Colin C., *Public Contracts*, en VON MEHREN, Arthur (chief ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII Contracts in General, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen y Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston, Londres, 1982, cap. 4. P. 33, quien concluye señalando, en punto a la individualización de la categoría *government contract*, que “probablemente sea más cercano a la verdad caracterizar al *government contract*, tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos, como una figura contractual híbrida: en su estructura teórica y principios fundamentales, es el contrato del derecho civil o privado, pero desde el ámbito público en el cual se desenvuelve, ha originado muchas características especiales y distintivas”. En similar tesitura, ha señalado la doctrina francesa: “*Aux États-Unis les contrats de l’État fédéral son soumis au droit commun, mais Il n’en présentent pas moins un incontestable particularisme (...). Le contentieux des contrats avec l’État fédéral est attribué à une juridiction particulière qui a progressivement développé un véritable droit des contrats administratifs dérogatoire au droit commun*», conf. RICHER, Laurant, *Droit des contrats administratifs*, 2ª ed., LGDJ, París, 1999, p. 29. Sobre las diferencias en el derecho alemán, véase: MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo*, Parte General, Marcial Pons, 2011, p. 378 y ss, anota las aproximaciones existentes, y la tendencia al aumento de la influencia del derecho público sobre los contratos de la Administración.

²⁴⁵ Véase al respecto: COVIELLO, Pedro J.J., *El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps 83/96, especialmente p. 96, y BIANCHI, Alberto B., *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*, ED, 184-900 (primera parte) y ED, 185-714 (segunda parte), especialmente ps. 715-732.

el derecho administrativo- constituye una categoría histórica²⁴⁶, al igual que cualquier otra rama del derecho. La historicidad no es patrimonio exclusivo de determinados derechos, y más aun de los que se gestaron inicialmente como derechos especiales.

Desde una atalaya diferente, la mayoría de los juristas que se ocuparon de esta cuestión en el siglo pasado, probablemente influidos por el prejuicio positivista (Kelsen juzgaba inútil la distinción) no afrontaron la tarea de profundizar las razones y criterios que justifican la clásica “*divisio*”.

Más extraño aún fue el hecho de que se diera por sobreentendida una “*divisio*” no basada en elementos que permitieran la determinación de los criterios fundamentales de la distinción, los cuales a la luz de cualquier observador atento y no superficial, resultaba imprescindible determinar para el encuadre de las disciplinas publicistas en los respectivos órdenes jurídicos comparados y en el derecho nacional.

En paralelo, la insuficiencia de las tres principales concepciones que pretendieron fundar la distinción (teoría de los sujetos, del interés público y de los actos de imperio), llevó a algunos autores, como Goldschmidt, a basar la “*divisio*” en un criterio que tenía como eje el reparto o distribución de los bienes, derechos o ventajas de la relación jurídica sosteniendo que la adscripción al derecho público se producía cuando el reparto se llevaba a cabo en forma autoritaria mientras que lo típico del derecho privado radicaba en la autonomía de los repartos o atribuciones²⁴⁷.

De la simple observación de la realidad se desprende que el derecho civil abarca repartos que no son autónomos (las relaciones de familia, por caso) los cuales, cuando está en juego el orden público, no representan intereses o derechos libremente disponibles (ej. la obligación alimentaria).

A su vez, en el ámbito del derecho administrativo, pueden coexistir repartos autónomos y repartos autoritarios, aun en los contratos más típicos que celebra la Administración, qué hacen a su giro o tráfico normal. Por cierto, que la autonomía del reparto ocupa un espacio preferente para los contratistas en los acuerdos bilaterales regidos en punto a su objeto por el derecho privado (vgr. la compra-venta).

²⁴⁶ Como pensaba ASCARELLI con respecto al derecho mercantil.

²⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 328.

Corresponde advertir que el derecho público y, particularmente, el derecho administrativo, constituyen categorías históricas que se nutren con elementos propios de cada país y sus circunstancias. Originada en el derecho mercantil, la idea de la categoría histórica no se proyectó a la “*divisio*”, y existe cierto desinterés teórico en la búsqueda de criterios definitorios por parte de la doctrina que suele darlos por sobreentendidos, cuando no niega la división, alegando que la globalización, junto a la influencia del derecho anglo-sajón, han borrado prácticamente las diferencias entre derecho público y derecho privado²⁴⁸.

Pero esa moda, como sucede casi siempre, será sustituida por otra, y nos parece improbable que, en el futuro, desaparezcan los Códigos Civiles de los derechos europeos o se unifiquen las instituciones del derecho privado con las categorías del derecho público.

Porque mientras los teóricos del positivismo kelnesiano consideraban inútil la distinción, el derecho público desarrolló un formidable sistema propio y autónomo, basado en la estructuración de grandes principios que fueron adquiriendo operatividad, interrelacionándose con el derecho privado a través de la analogía. Desde luego que no puede desconocerse la influencia que ha tenido el derecho civil en el derecho administrativo tanto en la génesis de sus instituciones (vgr. acto y contrato administrativo), como en su desarrollo ulterior, pues no se debe olvidar que este último creció bajo la sombra del derecho civil²⁴⁹.

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado, tiene como eje la figura de la potestad pública (desarrollada por Santi Romano en Italia) como institución central del derecho administrativo, la cual por su carácter omnicompreensivo, desplaza –a nuestro juicio- a la exorbitancia como criterio que identifica al derecho público²⁵⁰.

²⁴⁸ Sobre los criterios de distinción ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 41 y ss.

²⁴⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 15 y ss, explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

²⁵⁰ Véase: UBAUD-BERGERON, Marion, *Exorbitance et droit des contrats: quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle u contract administratif*, en la obra *L'identité du droit public (dir. Xavier BIOY)*, Presses de L'Univeristé, Toulouse, 2011, p. 229 y ss.

Con todo, la potestad y las consecuentes prerrogativas, que resultan fundamentales para caracterizar categorías transcendentales como el acto administrativo, no agotan el contenido de la disciplina. Basta señalar la cantidad apreciable de meros actos administrativos²⁵¹ o declaraciones que emite la administración, incluso desconociendo derechos adquiridos por el administrado, los actos favorables o de fomento, así como las modernas técnicas de participación y consenso en el procedimiento administrativo para darnos cuenta que el universo del derecho administrativo es más complejo pues se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio de la potestad pública. Hay que recordar, por otra parte, que, como decía IHERING, no todo derecho es coactivo siendo la teoría de los actos favorables uno de los ejemplos más típicos del derecho administrativo.

Es verdad que la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos continúa siendo uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho, tras una conquista lograda en una batalla que difícilmente se revierta, especialmente en los derechos americanos y europeos.

No obstante, un derecho público, basado exclusivamente en los principios garantísticos, se queda corto para cumplir, por sí mismo, con la finalidad de bien común que persigue el Estado, quien tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, para permitir el libre desarrollo de las personas²⁵².

En este plano, la conceptualización, que brinda la doctrina alemana del derecho administrativo, como un derecho constitucional concretizado, representa una suerte de tautología generalizada por cuanto es algo tan obvio que no se puede negar. Lo cierto es que esta definición no permite distinguir el derecho administrativo de otras ramas e instituciones del derecho conectadas también con el derecho constitucional (vgr. el régimen de la propiedad en el derecho civil).

Al propio tiempo, los principios de eficacia y de eficiencia desempeñan un papel fundamental en el campo de la organización de la Administración Pública y al permear en los diferentes procedimientos tienden a mejorar las decisiones, hacerlas,

²⁵¹ MAIRAL, Héctor A., *Los meros pronunciamientos administrativos*, en la obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 651 y ss.

²⁵² Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss., especialmente p. 225.

además de razonables, más eficientes, con el objeto de lograr la mayor participación posible de los ciudadanos y los consensos sociales indispensables para una buena Administración. A tono con las ideas de Hauriou se procura alcanzar el equilibrio entre la flexibilidad contractual y el cumplimiento de los fines públicos que persigue la Administración²⁵³.

De ese modo, se abren infinitas posibilidades de regulación e incluso de auto-regulación, que provienen de entidades intermedias cuyas organizaciones actúan de un modo independiente, sin subordinarse al poder político de turno.

En ese escenario, cabe poner de resalto las funciones que cumplen las llamadas autoridades regulatorias independientes, las cuales muestran un desarrollo más abierto y flexible que amplía el ámbito del principio de separación de poderes, en el marco de una realidad en la que interactúan múltiples organismos públicos de control, a los que se les impone respetar los principios de imparcialidad e independencia que han pasado a ser principios supra-nacionales (caso “*Baena*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En sustitución del antiguo poder de policía sobre el servicio público aparece la regulación económica con el objetivo central de promover la competencia. Del Estado prestador se pasa al Estado regulador y garante, en el que cobra una dimensión activa el principio de subsidiariedad, cuando la iniciativa privada no alcanza a cubrir las necesidades colectivas, sobre todo en el campo de la asistencia y de la previsión social.

Como después de una guerra, las fronteras entre lo público y lo privado se corren. Ello se opera al compás de los nuevos requerimientos de la política económica-social que impulsa el Estado moderno y los principios de selección peculiares de la contratación pública se extienden a empresas privadas en sus contratos con los particulares para promover la competencia.

Ahora bien, como lo señalamos al comienzo, la clásica “*divisio*”, pese al origen romanista de muchas instituciones anglo-sajonas, no ha prevalecido en esos países y si bien se reconoce un ámbito denominado actualmente “*administrative law*”, éste no alcanza a configurar un derecho común de la Administración que se abastezca de

²⁵³ BENAVIDES, José Luis, *Tendencias generales de la contratación pública en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 55.

principios generales propios y de reglas distintas a las del “common law” que, para nuestro pensamiento jurídico, resulta equivalente al derecho público.

Las regulaciones de derecho público no solo son las que prescriben la configuración de potestades de poder público (llamadas prerrogativas exorbitantes) sino también aquellas que dispensan su aplicación, limitan o restringen²⁵⁴ el régimen exorbitante o bien, establecen requisitos para promover la participación de la industria nacional en las contrataciones públicas²⁵⁵. Un ejemplo de esas limitaciones del derecho público, en la legislación argentina se encuentra en la ley argentina 27.328, denominada Participación Pública-Privada (PPP) que ha venido a crear una nueva categoría de contrato público, atípico y flexible²⁵⁶ sobre la base de la experiencia mundial²⁵⁷.

Si la trascendencia y justificación de ser del contrato administrativo radica en la satisfacción de las necesidades de las personas, la legislación y la doctrina no pueden seguir aferradas a la preservación, a toda costa, del poder exorbitante de la Administración, cuya utilización, en detrimento de los derechos de propiedad, ha causado daños irreparables a la economía de los países. El régimen contractual es siempre un instrumento y nunca un fin al servicio de un impreciso y teórico interés público. Por ese motivo, las tendencias modernas tienden a morigerar las prerrogativas de poder público en los regímenes contractuales, considerándose, actualmente, incluso en Francia, que el derecho administrativo no se encuentra fundado en el principio de la exorbitancia²⁵⁸.

En cualquier caso, las regulaciones estatutarias sobre materias administrativas y los pliegos de condiciones de los contratos vienen mostrando una aproximación a las fórmulas y reglas que rigen en los contratos administrativos de los derechos europeos continentales junto al reconocimiento de contratos de la Administración

²⁵⁴ Vgr. Ley 27.328, art. 9 inc. p, art. 10 y art.31

²⁵⁵ Ley 27.328, arts. 12 y 15.

²⁵⁶ RIVA, Ignacio de la, *¿Es la “participación público-privada” (PPP) un nuevo contrato administrativo?*, ED, diario del suplemento administrativo de fecha 03/05/2017 y AZARRI, Juan Cruz y VEGA OLMOS, Jimena, *Los contratos de participación público-privada (A propósito del nuevo proyecto de ley)*, La Ley del 28/06/2016, p. 1 y ss.

²⁵⁷ Véase: GUGLIELMINETTI, Ana Patricia y BENSADON, Pascual, *Algunos aspectos jurídicos de la asociación público-privada*, ED 2005-639.

²⁵⁸ AUBY, Jean Bernard, *À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif*, en *L'exorbitance du droit administrative en question(s)*, (Dir. Frabrice MELLERAY), Université de Poitiers, 2004, especialmente p. 21 y ss.

regidos, en punto a su objeto, por el derecho privado²⁵⁹. La gran diferencia que advertimos radica en la fuerza jurídica de los principios generales del derecho administrativo pero, en todos los sistemas, existen normas y cláusulas que protegen los intereses públicos con prerrogativas equilibradas y razonables que respetan los derechos de propiedad de los particulares.

Y si bien la figura del contrato administrativo no ha desaparecido del escenario del derecho público francés y europeo, se advierte una “*mayor flexibilidad de la técnica de la contratación pública y un acercamiento progresivo de los contratos administrativos a los contratos privados*”²⁶⁰. En rigor, los contratos que celebra la Administración pertenecen a un mismo género o supra concepto que es la figura del contrato caracterizada por una declaración que refleja el acuerdo de voluntades entre las partes, generador de obligaciones y el consecuente intercambio equilibrado de prestaciones objeto del contrato.

III. Crisis y evolución de la contratación pública

La contratación pública, no ha podido sustraerse, a la influencia de las tendencias que impuso la globalización, la cual provocó la modernización de las instituciones para hacer compatibles las reglas y principios de cada derecho nacional con los que rigen en los ámbitos comunitarios, regionales e, incluso, mundiales.

La crisis provocó también la necesidad de utilizar, como herramienta económica²⁶¹, la institución del contrato público en línea con el objetivo de tutelar la competencia tanto en las típicas contrataciones en que es parte la Administración Pública como en aquellas en que, por su envergadura, las empresas privadas ejercen una posición dominante en los mercados, imponiéndoles el requisito de la selección de contratistas con arreglo al principio de concurrencia.

²⁵⁹ CASSAGNE, Ezequiel, *Informe sobre la contratación pública en Argentina*, en *La contratación pública en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 89, señala que este tipo de contratos no se encuentran alejados por completo del derecho administrativo (vgr. competencia y procedimientos de selección).

²⁶⁰ MODERNE, Franck, *La contratación pública en el derecho francés contemporáneo*, en *Tratado General de Contratos Públicos* (dir. Juan Carlos CASSAGNE), Tº II, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 507-508.

²⁶¹ HERNÁNDEZ GONZALEZ, Francisco L., La problemática de la contratación pública de la crisis, en la obra colectiva dirigida por citado autor: *El impacto de la crisis en la contratación pública*. España, Italia y Francia, Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona 2016, p. 21 y ss.

Esa evolución ha sido lenta pero el hecho de asentarse en fuertes pilares jurídicos y adaptarse a la realidad que exhibía el tiempo histórico explica, de algún modo, su permanencia a pesar de los embates del proceso de mundialización y de los derechos supranacionales que, no obstante su limitación territorial, no dejan de ser globales en sus respectivos ámbitos (comunitario europeo e inter-americano). La paradoja es que muchas de las cosas que han sucedido fueron, en cierta manera, anticipadas hace un siglo.

Ese sentido anticipatorio se revela en la doctrina francesa clásica. Al respecto, cabe recordar que hace poco tiempo se cumplieron cien años de la primera edición de los “*Principios de Derecho Público*” de Maurice Hauriou²⁶², cuyo valor actual suele pasar inadvertido en la doctrina, que ha dedicado escaso interés al análisis de la proyección de la obra del gran constructor del derecho administrativo contemporáneo, salvo notables excepciones²⁶³.

Esa ocasión inspiró un excelente trabajo doctrinario de Jacqueline MORAND-DEVILLER²⁶⁴, en el que la autora desmenuza con auténtica maestría el pensamiento del célebre Decano de Toulouse y revela la raíz del pensamiento de HAURIOU mostrando su actual vitalidad para enfrentar la problemática que plantea el contrato administrativo relacionándolo con la teoría del Estado y de la institución.

En la actualidad, buena parte de las relaciones contractuales de cierta duración y, particularmente, los contratos de asociación pública privada se han institucionalizado. A su vez, en el sistema de las fuentes del derecho (en el que reinaba la prédica del positivismo jurídico de raíz kelseniana) se han producido radicales transformaciones y aparecen múltiples y complejas relaciones entre los particulares y el Estado que limitan el ejercicio de las prerrogativas estatales, que, como es sabido, se ejercen en forma unilateral. Si el intercambio de prestaciones no es contemporáneo sino permanente y de cierta duración es evidente que más que ante un contrato conmutativo, en su esencia, estamos frente a una relación institucional regida por los principios generales y la equidad, por encima de los intereses de corto

²⁶² HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Dalloz, Paris, 2009, que la obra aparecida en 1910, de la que hay una segunda edición en 1916.

²⁶³ RIVERO, Jean, *Maurice Hauriou et le droit administratif*, en Pages de doctrine, LDGJ, París, 1980, p. 29.

²⁶⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Le commerce juridique. Consensualisme et convivialisme il y a cent ans Maurice Hauriou*, REDA N° 95, Buenos Aires 2014, p. 1167 y ss. (la traducción nos pertenece)

plazo del poder de turno, aunque las potestades públicas se ejerzan para mantener el equilibrio de las prestaciones durante la vida del contrato. Esta clase de contratos públicos se transforman así en verdaderas instituciones de base asociativa y el principal desafío que enfrentan los juristas y los jueces estriba en descubrir los principios que las nutren, las nuevas soluciones que demanda el fenómeno a luz de las necesidades socio-económicas²⁶⁵ y cuál es el mejor sistema para la resolución de los conflictos.

¿Quién podría pensar décadas atrás que en la concesión de servicios públicos tuviera cabida la idea de una tarifa social? Actualmente, los sistemas y la interpretación se orientan a la búsqueda de la mayor estabilidad jurídica con el objetivo de atraer inversiones en infraestructura y servicios que mejoren las condiciones económico-sociales de cada comunidad (bien común) y en esa línea cabe situar a la figura de los llamados contratos-ley o de estabilidad jurídica que instituyó el ordenamiento constitucional peruano²⁶⁶. Esta clase de contratos procuran que la convergencia voluntaria de los particulares con la Administración “*descanse en principios de certeza, confianza, autorización, previsión y legalidad*”²⁶⁷.

La estabilidad jurídica que precisan los contratos públicos, para sustraerse de la influencia de los cambios políticos (y evitar así el aumento del riesgo contractual), conduce a corregir el uso y abuso de la potestad modificatoria²⁶⁸ así como de los poderes de extinción por razones de ilegalidad²⁶⁹ o de oportunidad, sin efectuar el pago efectivo de los daños que los actos de la Administración provocan en el patrimonio del contratista privado, circunstancia que en Latinoamérica destiñe, cuando no aniquila, la figura contractual y hace que la misma no ofrezca garantías suficientes para las inversiones que necesita el desarrollo económico de la región.

²⁶⁵ Vid BEZANÇON, Xavier, DERUY, Laurent, FISZELSON, Roger y FORNACCIARRI, Marc, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, ed. Le Moniteur, Paris, 2015, ps. 160-162.

²⁶⁶ ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato Ley*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, p. 18 y ss.

²⁶⁷ DANOS ORDOÑEZ, Jorge, en el Prólogo al libro de ZEGARRA VALDIVIA, *El contrato...*, cit., p. 8.

²⁶⁸ Véase: VILLAR ROJAS, Francisco José, La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública, en la obra colectiva, *El impacto...* cit. (dir. Francisco L. HERNANDEZ GONZALEZ, p. 292 y ss., analiza la retracción de la potestad modificatoria por razones de interés público en España a raíz de la adaptación de la legislación interna al derecho comunitario.

²⁶⁹ En efecto, no todo contrato ilegal conduce a la invalidez pues para declarar ésta última el vicio ha de ser trascendente: Cfr. BACA ONETO Víctor Sebastián *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, ed. Cameron May-Junta de Castilla y León, Londres, 2008, p. 674.

IV. Los dilemas clásicos de la contratación pública.

Si se reconoce la categoría jurídica del contrato administrativo (ya sea como género de los contratos que celebra la Administración o como la especie más significativa de éstos), en la que el acuerdo de voluntades con el contratista privado se caracteriza (i) por perseguir una finalidad de inmediata de interés público propia de la función administrativa o, si se prefiere, de su tráfico específico o giro normal y no meramente de objeto civil o comercial; (ii) por contener un régimen típico del derecho administrativo con potestades y prerrogativas de poder público²⁷⁰ y, (iii) por un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, transparencia, igualdad y concurrencia, puede captarse fácilmente, al menos en nuestro país, cuál es el punto de mayor tensión que se genera en el ámbito de la contratación pública.

Porque aun suponiendo que les asiste razón a quienes propician la huida del régimen de los contratos públicos, sobre todo en materia de selección de los contratistas, en base a discutibles principios de eficacia, no se puede ignorar que la prescindencia de los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, alienta conductas anticompetitivas que impiden que el Estado o sus entidades públicas y/o privadas obtengan las ofertas más ventajosas que puede proporcionar el mercado.

No obstante, en una tendencia opuesta a la seguida por el derecho comparado, que extiende los principios de la selección pública a las sociedades anónimas estatales e inclusive a contratistas privados (los llamados sectores excluidos en el derecho comunitario europeo), algunos ordenamientos, como el argentino, prescriben lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década²⁷¹.

Esa regresión institucional no es buena ya que puede, en sí misma, estimular la corrupción y el favoritismo en la selección. También resulta contraria al principio de transparencia que es conveniente observar aun cuando esta clase de contratos se rija, en principio, particularmente en su objeto, por el derecho privado. Hay que pensar

²⁷⁰ Como lo hemos sostenido en sucesivos trabajos, la idea de régimen exorbitante reemplazó, en Francia, a la cláusula exorbitante, véase: RICHER, Laurent, *Droit Administratif*, 4ª ed., L.G.D.J., París, 2004, ps. 112-113.

²⁷¹ Ampliar en nuestro libro *El acto administrativo*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 429 y ss.

que, en el fondo, se trata de recursos que pertenecen a la comunidad y que aun cuando se considerara conveniente acudir a formas orgánicas privadas no resulta jurídicamente válido, desde el ángulo de los principios constitucionales, que se obvie el principio de concurrencias pues con ello se incurre en una doble transgresión del principio de publicidad que consagra, en forma preceptiva, el art. 3° inc. 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuya trascendencia ha señalado la doctrina²⁷².

A su vez, el campo de la contratación pública ha sido fértil en la producción de un conjunto inagotable de dilemas como los que plantean la elección entre un régimen contractual estatista y autoritario frente a un régimen de equilibrio entre prerrogativas y garantías; si tiene o no sentido hoy día la categoría del contrato administrativo, o bien, si se admiten o no los contratos de la Administración regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, o si, de cara a una revocación del contrato por razones de interés público cabe indemnizar o no el lucro cesante etc.²⁷³.

Adicionalmente, los dilemas lógicos son mucho más peligrosos en la medida que intentan probar algo sobre la base de proposiciones contradictorias de modo que negándose una de ellas se afirme la que sustenta el contradictor. La doctrina del contrato administrativo se halla plagada de esta clase de artificios lógicos y el verdadero diálogo suele estar ausente.

Una forma de escapar al diálogo doctrinario consiste en afirmar que la polémica sobre el contrato administrativo traduce una mera disputa verbal. En rigor, las disputas sobre palabras suelen ser, en la mayoría de las veces, discusiones sobre cosas y valores.

Lo cierto es que muchos de los antiguos dilemas (vgr. la distinción entre actos de autoridad y de gestión) fueron diluyéndose con el paso del tiempo y la fuerza de una realidad que, en el derecho administrativo, como disciplina ciertamente

²⁷² GORDILLO, Agustín, *La contratación administrativa en la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Ley 25.319) y en la Convención Interamericana contra la Corrupción*, publicado en JA-2000-IV-1268 y reproducido en *Summa de Derecho Administrativo* (Juan Carlos Cassagne – Director), T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 2115 y ss, especialmente, p. 2200.

²⁷³ En Francia, la revocación de un contrato de “parteneriat public-privé” (PPP) obliga a indemnizar al contratista privado tanto el daño emergente como el lucro cesante; véase: BEZANÇON, Xavier y otros, *Les nouveaux contrats...*, cit., p. 166.

dinámica, termina imponiéndose por el impulso de la doctrina y de la jurisprudencia y, en definitiva, por la razón práctica que anima a los interpretes del derecho.

Esa realidad es compleja y muchas veces está influida por conveniencias prácticas y el peso de la tradición jurídica que, en Francia, ha llevado a considerar que los contratos que celebran los establecimientos industriales y comerciales con usuarios, aun cuando contengan cláusulas exorbitantes del derecho común, son contratos regidos por el derecho privado²⁷⁴. La tendencia moderna apunta a la sustitución de la cláusula exorbitante por el régimen administrativo predeterminado con notas de derecho público que va variando al compás de los cambios producidos en la función del Estado que de la antigua policía administrativa y servicio público estatal ha pasado a convertirse en un Estado regulador, con funciones subsidiarias, para estimular actividades privadas que satisfacen las necesidades de la población²⁷⁵.

Ahora bien, ello no impidió que, desde la negación del contrato administrativo en algunos países de Europa Continental (Ej. Italia y Alemania) y en el mundo anglosajón, se pasó al reconocimiento de una tendencia publicista que admite contratos con prerrogativas de poder público²⁷⁶, aun cuando se continuó negando la configuración autónoma y diferenciada de la categoría del contrato administrativo. Tal es lo que acontece en Italia en la que se reconoce que el procedimiento de selección está regulado por el derecho administrativo, incluso con posibilidad de que el juez decida la anulación de la adjudicación mientras la faz de ejecución (en rigor, el objeto o sustancia del contrato) se regula por el Código Civil y las prerrogativas del poder público no se consideran poderes públicos sino derechos particulares que la ley le confiere a la Administración “*como excepción al Código Civil*”²⁷⁷.

Sin embargo, en el estadio actual de la evolución de la teoría del contrato administrativo, el modelo español, basado en la concepción francesa, ha alcanzado una gran difusión en la mayoría de los países de Iberoamérica. En efecto, pese a las distintas terminologías que se utilizan, existe una tendencia creciente a reconocer una

²⁷⁴ DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, 6a ed., Económica, Paris, 2002, p. 530, con cita del caso “M. Thomas c/ Commune de Franczal, T.C. 19-2-1990, RDP 1991, ps. 279-280.

²⁷⁵ AUBY, Jean Bernard, *À propos de la notion d'exorbitance...*, cit., p. 9 y ss.

²⁷⁶ Lo hemos explicado en numerosos trabajos, véase por ejemplo: En torno a la categoría del contrato administrativo (una polémica actual) en el libro *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 37, texto y nota 79 y 47, texto y nota 5.

²⁷⁷ TRAVI, Aldo, *La contratación pública en Italia*, en *El Tratado General de los Contratos Públicos* (dir. Juan Carlos CASSAGNE), La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 553.

serie de principios y prerrogativas del derecho público en los ordenamientos que rigen la contratación estatal, lo que no es óbice a que vayan surgiendo nuevas orientaciones doctrinarias que propician la eliminación de la llamada presunción de legitimidad que caracteriza a los actos administrativos²⁷⁸ y, sobre todo, la atenuación o dispensa de las prerrogativas públicas, criterio que venimos propiciando desde hace tiempo y que ha sido receptado actualmente por la legislación argentina²⁷⁹.

En lo que hay coincidencia es en la configuración de una zona común de la contratación pública, sobre todo en el derecho comunitario europeo y, particularmente, en el derecho español que, como antes se señaló, comprende también a determinadas contrataciones privadas (en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones²⁸⁰).

En definitiva, no se puede desconocer que, aun cuando se ha relativizado la distinción entre derecho público y derecho privado, la misma pertenece a la esencia del Estado de Derecho²⁸¹ y de sus principios inherentes que hacen a la publicidad, igualdad y transparencia de las actuaciones públicas, así como a la estabilidad y seguridad jurídica a través del principio del equilibrio económico-financiero del contrato público, pieza fundamental de la teoría del contrato administrativo²⁸², que ha sido ampliamente reconocido en el derecho comparado y argentino²⁸³.

V. *La influencia de la globalización.*

Ahora bien, otra de las tensiones que enfrenta la concepción francesa del contrato administrativo se origina en el proceso de globalización o mundialización que, al procurar la unificación de las instituciones jurídicas de los países, intenta

²⁷⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto *La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso* en *Estudios de Derecho Público*, Vol. II, Mastergraf, Montevideo, 2008, p. 227 y ss.; RHEIN SCHIRATO, Vitor, *Repensando a pertinencia dos atributos dos atos administrativos*, en el libro *Os caminhos dos atos administrativos*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011, ps. 125-130.

²⁷⁹ Criterio que ha seguido la Ley 27.328 (PPP) en varios de sus artículos (arts. 9 inc.p, 10 y 31).

²⁸⁰ Art. 3 de la ley 48/98 del 30 de diciembre.

²⁸¹ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Derecho Público y Derecho Privado*, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho, en REDA N° 105, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2016 y ss. especialmente, ps. 575-582.

²⁸² RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis y Editorial Jurídica, Venezolana, Caracas, 2015, p. 15 y ss.

²⁸³ CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 100 y ss.

suplantar a los derechos nacionales. Este fenómeno que, en algunos ámbitos, ha tenido una generalización parcial, como la operada en el derecho comunitario europeo, no ha llegado, sin embargo, a sustituir a los derechos nacionales de los países que integran la Unión, aunque podría conducir a un cambio de enfoque, particularmente, en lo relativo a los principios de no discriminación y concurrencia, que conforman un derecho superior al que emana de la ley interna para los países que han celebrado tratados internacionales que contienen normas preceptivas o vinculantes o principios de esa índole.

Últimamente, se ha sostenido la existencia de un derecho global en la contratación pública²⁸⁴, dentro del cual se incluyen diferentes ordenamientos provenientes de tratados internacionales o de instituciones creadas por éstos, tales como los de: 1) la OMC; 2) la Comisión de la UN para el derecho mercantil internacional; 3) el Banco Mundial; y, 4) la OCDE, entre otros.

Este derecho global exhibe una serie de principios jurídicos²⁸⁵ aunque todavía tiene carácter fragmentario y carece, por lo común, de fuerza vinculante coexistiendo con el derecho emergente de los Tratados Bilaterales de Libre Comercio cuyas cláusulas vinculan a los respectivos países y, por si fuera poco, convive también con el derecho proveniente de los Acuerdos de Integración en los cuales, la fuerza del carácter vinculante es menor, salvo en materia de la responsabilidad internacional del Estado incumplidor.

Hay, pues, una gran diversidad de regímenes jurídicos que quedan fuera de los ordenamientos nacionales. Aunque sin haberse configurado aun, en el plano internacional, un derecho global vinculante en lo que concierne al régimen de la ejecución y extinción de los contratos, no puede negarse que la tendencia mundial hacia la globalización conduce a una suerte de “ius commune”, cuyos principios van

²⁸⁴ MORENO MOLINA, Juan Antonio, *Derecho global de la Contratación Pública*, ed. Ubijos, México, 2011, p. 37 y ss.

²⁸⁵ Véase: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Principios jurídicos y contratación pública global*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Mayo, 2014-Nº 3, Buenos Aires, 2014, p. 11 y ss.

plasmándose en los ordenamientos nacionales²⁸⁶, en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional²⁸⁷.

VI. Reflexiones conclusivas.

En materia de contratación pública la tendencia prevaleciente, en una considerable parcela del derecho europeo y latinoamericano, continúa afiliada a la construcción administrativista, de base francesa y española²⁸⁸, al considerar, como especie de la contratación de las Administraciones Públicas, la figura del contrato administrativo en razón de su objeto, caracterizado por un fin público relevante, que se relaciona con el llamado giro o tráfico común de la Administración y la presencia de prerrogativas de poder público que se integra también con las garantías que tienden a mantener el equilibrio contractual (el “pacta sunt servanda” y la buena fe), junto a los principios generales del Derecho Público y los específicos de la contratación administrativa (p.e. el equilibrio económico-financiero del contrato administrativo).

La categoría del contrato resulta común a los derechos privado y público, si bien la regulación positiva del primero es mucho más detallada y completa, gozando de mayor estabilidad al no estar sujeta a los continuos cambios producto de la política estatal aplicable a las contrataciones públicas.

En estas consideraciones surge otra conclusión que se impone en razón de la naturaleza de ciertos contratos. En efecto, resulta razonable que la compra-venta y el arrendamiento o locación de cosas ajenos al giro o tráfico de la Administración, se rijan por el derecho privado en punto a su objeto, careciendo, en tales casos, de sentido las prerrogativas de poder público²⁸⁹, las que deben reservarse para los contratos en los que se halle interesado, en forma directa e inmediata, el interés

²⁸⁶ AGUILAR VALDEZ, Oscar R., *Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas*, publicado originalmente en RDA-2011-175-1 y reproducido en *Summa de Derecho Administrativo*, ed. Abeledo-Perrot, Vol. I, Buenos Aires, 2013, especialmente p. 113 y ss.

²⁸⁷ Vid: CASSAGNE, Ezequiel, *Informe sobre la contratación pública en Argentina*, en la obra *La contratación pública en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia..., cit., ps. 89-94.

²⁸⁸ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T° IV, Iustel, Madrid, 2011, p. 302 y ss.

²⁸⁹ GALLI BASUALDO, Martín, *La buena administración y la ejecución de contratos en Argentina*, REDA N° 111, Buenos Aires, 2017, p. 498.

público o bien común, excluyendo los que resultan meramente instrumentales a tales fines.

Por otra parte, las tensiones que soporta la teoría del contrato administrativo, en nuestro derecho, provienen de fuentes distintas. Una de ellas consiste en la regresión que implica la huida total hacia el derecho privado de las llamadas empresas públicas a las que se las sustrae, en algunos ordenamientos, de los procedimientos de selección y consecuentes controles que deberían regir para toda la Administración, afectando los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, y, al menos, la transparencia en el obrar de las empresas estatales. Esto no implica, empero, desconocer que, en estos casos, el derecho privado se aplica en forma directa, en todo el régimen contractual, excepto en cuanto al procedimiento de selección del contratista y al control por parte de auditorías estatales.

La segunda tensión que enfrenta la contratación pública se traduce en los nuevos enfoques que pugnan por incorporarse a la legislación y jurisprudencia a raíz del llamado derecho global de las contrataciones públicas²⁹⁰ (aunque en gran parte no sea vinculante) y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales que, en Argentina, han sido incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22 C.N.). Dichos principios se extienden a toda la actividad administrativa que tendrá que incorporar los nuevos paradigmas y sus principios operativos, aunque esta operatividad sea, en algunos casos, derivada. Otra tendencia que asume el derecho comunitario europeo provocada por la crisis se orienta a la centralización de las compras y a su estandarización y si bien se consigue un ahorro de recursos financieros del Estado se ha objetado que ello es a expensas de los niveles de calidad de los bienes que se adquieren²⁹¹.

En el escenario descrito afloran también nuevas formas contractuales, con figuras atípicas como las asociaciones público-privadas o provenientes del derecho mercantil (los fideicomisos públicos etc.) planteando nuevos problemas como son, en general, la armonización entre el interés público con el privado junto a la utilización racional y eficiente de los bienes públicos, el grado de intervención y financiación

²⁹⁰ Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., op. cit., p. 97 y ss.

²⁹¹ PAPPANO, Danilo, Las compras centralizadas de la Administración Pública entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis en la obra colectiva *El impacto de las crisis ...*, cit. (dir. HERNANDEZ GONZALEZ, Francisco L.) p. 397 y ss.

estatal y, particularmente, la medida de los riesgos que asumirá en cada operación el contratista privado.

Y aunque nos parece que aún falta mucho tiempo para que la globalización de los regímenes de contratación de las Administraciones Públicas sea vinculante y generalizada, la recepción por los ordenamientos nacionales de principios y reglas comunes implicará una tarea difícil y compleja, lo cual podrá superarse gracias al dinamismo propio de la contratación pública, en cuanto ello sea compatible con la seguridad jurídica interna e internacional y contribuya a favorecer la consecuente radicación de las inversiones tan necesarias para el crecimiento económico social de nuestros países.

Con todo, la aproximación entre los derechos anglo-sajones y el sistema continental europeo (incluido los derechos latinoamericanos) se manifiesta en los procedimientos de selección (la licitación pública o similares) y en punto a reconocer una esfera de actuación de la Administración regida por el derecho privado²⁹² o por el “common law”, en su caso. De tal modo surge, en ese sentido, una zona común de la contratación pública que no se limita a los procedimientos de selección y que, incluye, en todos los países, regulaciones tendientes a combatir la corrupción mediante mecanismos preventivos y represivos. Otra característica que se advierte en el proceso de confluencia que venimos describiendo consiste en la generalización en la contratación estatal de los principios de no discriminación y concurrencia que, con diferentes denominaciones según los países, traducen ideas similares, como el art. 209 de la Constitución Política de Colombia, que habla de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, como principios generales de la función administrativa²⁹³.

²⁹² En Argentina, en este aspecto, se observa un retroceso producto de la prevalencia de ideas estatistas ej de la última década, habiéndose criticado el régimen del Decreto 1023/2001, que prescribe fórmulas abusivas a favor del Estado no surgidas por los ordenamientos comparados modernos, véase especialmente: MAIRAL, Héctor A, *El contrato administrativo a la luz de recientes normativas*, en el libro *El Contrato Administrativo en la actualidad* (Dir. Agustín GORDILLO). La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 3 y ss y nuestra coincidencia en el Curso de Derecho Administrativo, Tº II, 11ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 389 y ss, especialmente p. 483 y nota 32.

²⁹³ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 19ª ed. Temis, Bogotá, 2015, p. 552, sostiene que aún los contratos del Estado especiales con régimen preponderante del derecho privado son contratos administrativos, ya que, por imperio del art. 13 de la ley 1150 de 2017, se les aplican los principios generales de la función administrativa prescriptos en el art. 209 de la Constitución Política de Colombia.

Al propio tiempo, en cuanto al régimen jurídico, la concepción sustantivadora del contrato guarda armonía con la doctrina que postula la unidad o la misma naturaleza entre el contrato privado y el administrativo, asignando a este último una especial modulación²⁹⁴ (que no es otra cosa que el conjunto de prerrogativas producto de potestades expresas). Las coincidencias entre dichas posturas está en que ambas rechazan la configuración de potestades o de cláusulas exorbitantes implícitas y en que las dos son también partidarias de la posibilidad de celebrar contratos de la Administración regidos, en forma prevaleciente por el derecho civil o comercial (vgr. el contrato de compra-venta de inmuebles), en los que el derecho público interviene para regular la competencia, la autorización presupuestaria, el procedimiento de selección del contratista y la jurisdicción aplicable en caso de conflicto. Sin perjuicio de los excepcionales supuestos de aplicación directa, el derecho civil se aplica por analogía, en la mayoría de los casos, para suplir cualquier carencia normativa. Pretender que las lagunas jurídicas sean completadas con el poder interpretativo discrecional de los jueces abre paso a la arbitrariedad en un ámbito, como el de la contratación pública, que tanto precisa de la seguridad jurídica.

Una situación peculiar, con rasgos semejantes, en cuanto a la aproximación teórica con la concepción sustantiva, exhibe el derecho colombiano, en el que se admite la categoría del contrato estatal o administrativo regido preponderadamente por el derecho privado²⁹⁵, aunque para alguna doctrina constituyan contratos privados de la Administración al estilo del clásico derecho francés²⁹⁶. En cualquier caso, el derecho colombiano excluye del régimen del Estatuto Contractual Público a los contratos celebrados por las instituciones financieras del Estado²⁹⁷, tal como ocurre en los regímenes que regulan la actividad de los Bancos estatales en la mayor parte de los países de Latinoamérica (vgr. Argentina).

Las aproximaciones descritas en la teoría y regulación legal de los contratos de la Administración no desvirtúan el postulado según el cual, lo que verdaderamente

²⁹⁴ Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 13ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 691 y ss.

²⁹⁵ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General...*, cit., ps. 550-553.

²⁹⁶ GUECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto, *Contratos Administrativos*, 3ª. Ed., Universidad de Santo Tomás, ed. Ibañez, Bogotá, 2015, ps. 349-354; ver también: DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la ley 80 de 1993*, ed. Legis, Bogotá, 2001, p. 769.

²⁹⁷ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General...*, cit., ps. 553-554.

importa es el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Estado con los particulares, con independencia de si el mismo surge de la ley o de la jurisprudencia.

En resumidas cuentas, abrigamos la creencia de que las notas definitivas del derecho público que presenta un contrato que celebra el Estado o sus entidades en ejercicio de la función administrativa, merecen ser calificados con el nombre que cobija nuestra disciplina, es decir, como contratos administrativos, sin perjuicio de admitirse la celebración de contratos regidos por el derecho privado en punto a su objeto o también, por su forma, cuando no se trate del tráfico o giro normal de la Administración sino de una típica actividad civil o comercial.

Finalmente, la línea de coincidencias doctrinarias y legislativas que exhibe el derecho comparado se extiende incluso para sostener que aún en los contratos de la Administración (o Estado) cuyo objeto se encuentra regido por el derecho privado, hay que observar no solo las reglas de la competencia sino las relativas a la forma²⁹⁸ sin traspasar los límites que enmarcan la voluntad de los órganos de la Administración²⁹⁹, habida cuenta la carencia de plena libertad negocial puesto que cualquiera fuera el derecho aplicable la voluntad del órgano administrativo está siempre vinculada a la ley y no a los intereses autónomos que persiguen las partes en los contratos privados, regidos por el ordenamiento civil o comercial³⁰⁰.

En definitiva, la hora actual nos impone no solo armonizar principios que rigen en la contratación pública, sino también modernizar sus instituciones y régimen jurídico, haciéndolo más razonable y flexible. Porque el interés público no consiste en la promoción y defensa del estatismo sino en la realización del bien común teniendo en cuenta que el Estado no es un fin en sí mismo, sino que una institución al servicio de la comunidad.

²⁹⁸ SARRIA OLCOS, Consuelo, *Forma, perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales en Colombia*, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, ed. Cameron May, Londres, 2008, p. 227 y ss.

²⁹⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime, *El contrato de obra pública*, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica...*, cit., p. 291.

³⁰⁰ En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

LA FUERZA EXPANSIVA DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES³⁰¹

Por Adriana Tettamanti

Sumario: I. Aproximación al tema: el consumidor, sujeto de preferente tutela. II. Interpretación de la ley de consumidor – El nuevo Código Civil y Comercial: nada se descarta, todo suma. III. Competencia: 1. Nación y Provincias: una convivencia armónica. 2. Alcance: todo dentro de la ley, y de otras leyes también. 3. Oportunidad del planteo: si no es hoy, no podrá ser mañana. IV. Legitimación procesal: una fuerza expansiva sin ánimo de retroceder. V. Palabras finales: gracias por su compra.

I. Aproximación al tema.

Las relaciones de consumo forman parte de nuestra vida cotidiana, impactan en la actividad económica, y en los modos que consumidores, usuarios y proveedores nos relacionamos en un ámbito de intercambio permanente que denominamos -en términos de Zygmunt Bauman- la sociedad del consumo³⁰². Hace casi medio siglo, Jean Baudrillard advertía “Hay que plantear claramente desde el comienzo que el consumo es un modo activo de relacionarse (no sólo con los objetos, sino con la comunidad y con el mundo), un modo de actividad sistemática y de respuesta global en el cual se funda todo nuestro sistema cultural”³⁰³. Este escenario permite afirmar que “*el derecho del consumidor no es una rama del Derecho pensada para abogados y jueces; como bien lo dice su nombre, es un derecho de los consumidores, ello es, de todos*”³⁰⁴.

Si bien el derecho del consumidor ha tenido desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde antigua data³⁰⁵, vale recordar que en

³⁰¹ Retomo el título, a diez años de mi artículo “La fuerza expansiva de los procesos colectivos” en la obra colectiva *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, IX Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, Universidad del Salvador, editorial Lajouane, Buenos Aires, pp. 131/194).

³⁰² *Vida de consumo*, México: FCE, 2009. La terminología ya había sido utilizada por Jean Baudrillard (*La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*, primera edición en castellano de Plaza & Janés, S.A. Editores Barcelona, 1974; Siglo XXI de España Editores S.A., febrero 2009).

³⁰³ *El sistema de los objetos*, 1968, traducido al español por Francisco González Aramburu. Siglo XXI, México, 1969).

³⁰⁴ KRIEGER, Walter F. y BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Derecho del consumidor*, 1º edición especial, El Derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 7.

³⁰⁵ S.A. Bodegas y Viñedos Santiago Graffigna Ltda. c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura. 15/09/1977 (Fallos 298:681).

aquellos primeros precedentes la perspectiva de análisis se centraba, esencialmente, en la extensión del poder de policía o de reglamentación del ejercicio de ciertas industrias y actividades, para restringirlo o encauzarlo cuando lo exigían la defensa de la salud, la moral, el orden público y los intereses económicos de la colectividad³⁰⁶, sin perjuicio de invocar los fines de protección del público consumidor y de las buenas prácticas comerciales. La expansión de la actividad económica y las necesidades crecientes de la sociedad, impusieron nuevas respuestas a temas que siempre formaron parte de nuestra existencia cotidiana.

A poco andar, una nueva perspectiva en esta materia fue adquiriendo contornos mejor perfilados, con la mirada centrada en la persona como eje del sistema jurídico y el reconocimiento del derecho de acceso al consumo, entendido como una “prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado, pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población, su participación en el mercado”³⁰⁷. A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado, este derecho se encuentra expresamente consagrado (art. 1094). El paradigma protectorio –“que tutela a los vulnerables y es consistente con el paradigma del acceso; se vuelca a quienes están en el mercado, pero son débiles”³⁰⁸– inyectó una defensa más intensa del consumidor, no como sujeto privilegiado sino como persona protegida. Apelando por analogía a la expresión de la Corte Suprema³⁰⁹, el consumidor pasó a ser considerado “sujeto de preferente tutela”.

Por entonces, distintas vertientes normativas confluían, con diversa intensidad y alcance, a resguardar determinadas actividades atravesadas por el consumo (Códigos Civil, de Comercio, Alimentario, leyes de lealtad comercial, de defensa de la competencia, vitivinicultura, entre otras), pero es recién a partir de la Ley nacional N° 24.240³¹⁰, que el Estado provee un instrumento especialmente diseñado para la protección de los consumidores y usuarios. La Corte Suprema resaltó la significativa importancia de este nuevo texto legal al decir que “La ley 24.240 de

³⁰⁶ Fallos 199:483 y 277:147.

³⁰⁷ LÓPEZ LECUBE, Alejandro, “La sentencia del ‘Cassis de Dijon’, un hito en la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas”, en La Ley del 10-12-92.

³⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la Decisión Judicial*, p. 305.

³⁰⁹ Fallos 329:3423.

³¹⁰ B.O. 15-10-1993.

Defensa del Consumidor fue sancionada por el Congreso, dentro de las facultades otorgadas por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional llenando un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales -los consumidores- recomponiendo, con un *sentido ético de justicia y de solidaridad social*, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana”³¹¹.

La reforma constitucional de 1994 consolidó y enaltecó la consagración de los derechos que habían sido introducidos por el legislador por conducto de la Ley N° 24.240. La doctrina resaltó esa conquista, al decir que “[e]l tema de la protección del consumidor, que es, en rigor, tutela del mercado, saneamiento de las relaciones de cambio o del tráfico negocial, ha menester una jerarquía de primer nivel como es la que otorga el rango constitucional. Esa incorporación está diciendo el grado de compromiso que la cuestión alcanza frente al bienestar general; está marcando la preeminencia frente a meras normas legales (...) y está señalando el derrotero de eventuales reformas como el signo de perennidad o permanencia que se le adjudica”³¹². Desde una perspectiva histórica, política y filosófica, “[l]a declaración y reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica de 1853-60 y hasta en la concepción social de la Ley suprema, incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 *bis*. (...) a partir de 1990 comenzó un proceso de desregulación y privatización de empresas estatales, en especial de servicios públicos -operado no siempre con la ortodoxia constitucional, por la utilización de decretos de necesidad y urgencia- con sustento en los principios de liberalismo económico y en la necesidad y eficacia del servicio. En medio de ese impulso privatista, actos de fe liberal y retroceso del Estado, se produjo la reforma constitucional de 1994 que incorporó algunos de los llamados derechos de la tercera generación. Así la protección de usuarios y consumidores ingresó en la Constitución, mientras el

³¹¹Fallos 324:4349, Autos: “Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98”, del 11/12/2001.

³¹²MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Nuevos derechos de los consumidores y usuarios”, en la obra colectiva *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 1995, p. 87 y sig..

espacio público disminuía ostensiblemente y cada persona se tornaba usuario vulnerable, en un creciente mercado de consumidores”³¹³.

Ello permite concluir que, con la incorporación del art. 42 de la Constitución Nacional, "surge una tipología de relaciones jurídicas nuevas que se fundan en la complejidad de la interacción operativa en el mercado y que trae aparejada la necesidad de proteger al consumidor. La intervención del Estado en la materia hace su aparición para convertirse en custodio de intereses colectivos que exceden la lectura individual. En tal sentido, la libertad, sustentada en la información correcta, y la igualdad, con fundamento en la búsqueda de equilibrio en la relación de consumo, determinan una nueva configuración del poder de policía del Estado, legitimaciones procesales para entablar demandas y tipos de acciones que permitan satisfacer los intereses enunciados. (...) En tal sentido, forma parte de la directriz (al legislador) crear instrumentos adecuados para el reclamo judicial, establecer mecanismos de control y crear marcos regulatorios que respondan a los fines constitucionales"³¹⁴. Algunas provincias se habían anticipado, en el proceso reformador producido a partir de la recuperación de la vida democrática a fines del año 1983, incluyendo en sus textos constitucionales cláusulas relativas a consumidores y usuarios (vg. Constitución de San Juan reformada en el año 1986, art. 69). Desde luego, a partir de la reforma de 1994 en el orden nacional, aquellas provisiones locales no podían ser de inferior valía al piso mínimo establecido en la Ley Fundamental, en virtud del principio de supremacía constitucional.

Sobre tales bases, la intensa protección constitucional y legal construida en torno a los consumidores y usuarios, amplió la legitimación y las vías procesales habilitadas, tanto en sede administrativa -facilitando la denuncia de comportamientos contrarios a la y dotando de competencia a los órganos administrativos para la aplicación de sanciones al infractor-, como en sede judicial, mediante un abanico de acciones que se proyectan a través del amparo (arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional), de las acciones civiles de daños, acciones de incidencia colectiva, acción

³¹³GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 460/462. Destaca la autora la transformación cultural notable que ello implica. Puede verse una estimulante nota sobre los aspectos filosóficos de la cuestión en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y usuario” (Aportes a la filosofía del Derecho Privado)”, *El Derecho*, 5-10-1994.

³¹⁴CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 205.

de nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas³¹⁵, recurso judicial directo contra las sanciones impuestas por la autoridad de aplicación, entre otras.

II. Interpretación de la Ley del Consumidor – El nuevo Código Civil y Comercial

Cuestión central en la intensidad de la protección al consumidor resulta ser el diseño legislativo, en cuanto proyecta principios tuitivos de profunda densidad - verdaderos mandatos de optimización- que guían la labor del intérprete bajo el principio rector de una hermenéutica sistemática y armónica que asegure una pacífica convivencia normativa. Enseña la doctrina inveterada de la Corte Suprema que las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional³¹⁶.

La Ley N° 24.240 es de orden público y rige en el todo el territorio nacional (art. 65). Es evidente que constituye un núcleo duro de tutela. Sin embargo, al momento de su aplicación, se debe integrar con otras disposiciones que forman el sistema de la protección del consumidor. El art. 3 prescribe claramente que “(...) Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

La condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado desde una perspectiva realista, lo que impone una interpretación amplia, extensiva y sistemática del

³¹⁵ En caso que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial.

³¹⁶ Fallos 255:192, 263:63; 267:478; 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 302:1600; 304:849; 308:1118; 310:500, 933, 937, 1012, 1797 y 2674; 311:254 y 2223; 312:111, 1484, 1017 y 1036; 313:1223, entre muchos otros.

dispositivo legal. Efectivamente, la ley de defensa del consumidor regula lo que la propia Constitución nacional denomina "relación de consumo" (artículo 42); por lo que sus disposiciones afectarán no sólo normas de derecho civil, sino también comercial, procesal, administrativo, penal, etc. En este sentido, al regularse un tipo de relación específica, se incide en el régimen de competencia establecido en el sistema jurídico, por cuanto se dictan reglas particulares, aplicables para este tipo de vínculo. Ergo, cabe hacer aplicación de la presunción principista del artículo 3° de la Ley N° 24.240 (texto introducido por la Ley N° 26.361) en orden a la interpretación a favor de los consumidores³¹⁷.

Resulta innegable el impacto que produjo la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado (Ley N° 26.994³¹⁸), que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015 (Ley N° 27.077³¹⁹), que fortalece la categoría de derecho constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios, con las características de un microsistema con normas y principios propios, que resaltan la "protección del consumidor" y el "acceso al consumo sustentable", que comprende la "obligación general de información" prevaleciendo en la relación de consumo el sentido de interpretación más favorable para el consumidor (cfr. arts. 1094, 1095, 1100, 1101 y cc. del CC), que se equipara al concepto de "persona expuesta"³²⁰.

El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, el CCyC o el Código) incorpora en forma específica los "contratos de consumo" (arts. 1092 a 1122), pero además no pueden desatenderse otras disposiciones tuitivas de la relación de consumo que deben ser interpretadas coordina y armónicamente en el contexto total de este microsistema, en un diálogo de fuentes que resulta ineludible a partir de las reglas establecidas en los artículos 1° y 2° del CCyC, en la que principios y valores jurídicos cumplen una función esencial en la labor interpretativa. Claramente, al consagrar en forma expresa el *derecho de acceso al consumo sustentable* (art. 1094);

³¹⁷ "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Santiago del Estero S.A. s/Ordinario", Cámara Comercial, Sala F. Fecha: 17/05/2011.

³¹⁸ B.O. 08-10-2014.

³¹⁹ B.O. 19-12-2014.

³²⁰ *Código Civil y Comercial concordado con el régimen derogado*. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN; revisado, ordenado y concordado por Eduardo ZANNONI, Marina MARIANI DE VIDAL, Jorge O. ZUNINO, Fernando E. SHINA y Gloria S. RAMOS. KEMELMAJER DE CARLUCCI *Pautas para interpretar el Código*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 319 y sig.

y los deberes de *trato digno* (art. 1097), *trato equitativo* y *no discriminatorio* (art. 1098) impuestos a los proveedores.

En este diálogo de fuentes, el art. 42 de la Constitución Nacional -ligado con las previsiones de los artículos 41 y 42- asume un rol predominante, no sólo en razón del principio de jerarquía normativa sino, además, por el amplio marco protectorio que consagra en favor de consumidores y usuarios sustentado en valores y principios constitucionales, como “directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y poseen una dimensión valorativa acentuada, que cumplen un rol fundamental para asegurar la autonomía de la disciplina y tienen, por tanto, carácter normativo, y su imperatividad no depende de lo que establezcan las reglas de Derecho Positivo, sino que constituyen el armazón de la disciplina, y pueden ser utilizados por los jueces para desactivar aquellas reglas de Derecho Positivo que, en apariencia, contradigan la finalidad protectoria del derecho del consumidor”³²¹.

La Ley N° 24.240 en el art. 3° consagra el *principio protectorio* –en mi parecer, el de mayor densidad en la relación de consumo- en virtud del cual “[e]n caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor”. En concordancia, el art. 37 establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor, y cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Estas disposiciones deben ser aplicadas en forma sistemática y armónica con las previsiones del nuevo CCyC, especialmente la regla de interpretación y prelación normativa consagrada en el artículo 1094³²² y la pauta de interpretación del contrato de consumo establecida en el art. 1095³²³.

El *principio de buena fe* (antes, art. 1198 Cód. Civ.; hoy arts. 961 y 1061 del Código Civil y Comercial unificado) se proyecta particularmente en el “deber de información”, pilar fundamental en la relación de consumo, que constituye una valiosa herramienta prevista para conjurar la superioridad económico jurídica que generalmente ostentan los proveedores o prestadores de servicios. En la Ley N°

³²¹ KRIEGER, Walter F. y BAROCELLI, Sergio S., ob.cit., p. 22.

³²² Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este código, o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

³²³ El contrato se interpretará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

24.240 este derecho se desarrolla de forma transversal en distintos institutos de lo que dan muestra las numerosas disposiciones donde se lo regula, especialmente los arts. 4°, 6°, 9°, 10, 25, 28, 34 y 37. Señala Lorenzetti que el "deber bilateral de información, que se reconoce en cabeza de uno de los contratantes y que se fundamenta en la condición de experto de uno de ellos. Si el contrato es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento, y como acto voluntario precisa de discernimiento y libertad, tenemos que quien no puede discernir no puede dar un consentimiento válido. De este modo, el deber de información viene a impactar sobre la capacidad de discernimiento de una de las partes (el consumidor), mejorándola a fin de que pueda consentir. Asimismo, la información es un requisito de la libertad, puesto que (...) no puede ejercitarla ampliamente si no se conocen las opciones que uno tiene"³²⁴. "El deber de información establecido en el art. 4° de la ley N° 24.240 en favor de los consumidores configura un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a aquéllos la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de la celebración del contrato"³²⁵. Es precisamente la "desinformación" la que coloca al consumidor como parte `débil` del contrato, víctima fácil de las conductas agresivas y aprovechadoras, así como de las cláusulas abusivas. No es el `soberano del mercado`, sino el `súbdito encadenado` de las empresas que brindas bienes y servicios³²⁶.

Al mismo tiempo, surge claro del art. 65 de la LDC y de los arts. 12 y 13 del CCyC que los derechos de los consumidores son irrenunciables; además, que las autoridades administrativas y judiciales deben aplicar, aun de oficio, las normas protectorias del consumo³²⁷. En este caso, la Corte consideró que la asociación actora estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquélla suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, pues el derecho cuya protección procura la actora es de

³²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial - Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2006, p. 392.

³²⁵ CNFedConAdm, Sala II, "Diners Club Argentina S. A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones", del 4/11/1997, ED, 177-176.

³²⁶ "G.M. y Otra c/ B. SA y Otro s/ Daños y Perjuicios" I CAS1 CR 000C 000138 - 07/08/2003, MOSSET ITURRASPE, Jorge "Contratos conexos. Grupos y redes de contratos", capítulo IV "El `Tiempo compartido y los contratos conexos", p. 181.

³²⁷ Fallos 333:203, 9-3-2010, "Uriarte Martínez, Héctor V. c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros".

incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer valer una acción colectiva en los términos del precedente "Halabi"³²⁸ y de no reconocérsele legitimación procesal se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

En este sistema de convivencia normativa, el intérprete debe ofrecer una respuesta razonable y coherente, para lo cual cuenta con las reglas de la hermenéutica y las técnicas de interpretación, cuyo abordaje excede el marco y extensión de este trabajo. Sólo me permitiré una modesta alusión a Bobbio, cuando señalaba que el ordenamiento jurídico se caracteriza por la *unidad* (todas las normas presuponen y se remontan a una norma fundamental que es la base), la *coherencia* (no deben existir antinomias) y la *plenitud* (existe una norma para regular cada caso; si falta, estamos ante una "laguna"). La regla de coherencia está dirigida tanto al legislador -como productor por excelencia- (*no debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema*) y al juez, que es el aplicador por excelencia (*si encontráis antinomias, debéis eliminarlas*)³²⁹. En la actualidad difícilmente podremos encontrar respuestas en la simple superación de antinomias; más bien la complejidad del sistema impone recurrir al criterio de la complementariedad y la integración normativa.

Concluyo con las palabras de nuestro máximo Tribunal de Justicia de la Nación, que sintetizan con singular talento el espíritu integrador que se impone en la materia: "La finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no

³²⁸ Fallos 332:111.

³²⁹ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, quinta edición castellana, editorial Temis, Bogotá, 2016, p. 4 sig.

produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional”³³⁰.

III. Competencia.

1. Nación y Provincias.

En nuestro Estado federal, Nación, Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercen las competencias constitucionalmente asignadas. En el derecho del consumidor, las provincias despliegan sus facultades de control sobre los hechos sometidos a su jurisdicción en materias vinculadas al orden, salubridad y seguridad común, ya que estas cuestiones, como muchas otras atinentes al ejercicio del poder de policía, la Constitución las otorga, de manera concurrente, al Estado Nacional y a las provincias (arts. 75, inc. 30 y 125 de la Constitución Nacional) y pueden ejercerse conjunta o simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia sin que de tal circunstancia derive violación de principio jurídico alguno (Cfr. *Fallos* 315:1013), toda vez que tales potestades sólo pueden considerarse inconciliables cuando media una repugnancia efectiva entre una y otra facultad (doctrina de *Fallos* 300:402 y 322:2862). En el derecho del consumo, el ejercicio de facultades concurrentes está expresamente previsto (art. 42 LDC).

Las Provincias dictan legislación en la materia que, en virtud del principio de supremacía normativa, debe ajustarse a la Constitución Nacional, instrumentos internacionales, y leyes dictadas en consecuencia (Cfr. arts. 31 y 75 inc. 22 CN), y ejercen el control a través de las autoridades locales especialmente instituidas. La Ley N° 24.240 (t.o. Ley N° 26.361) instituye a la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, como autoridad nacional de aplicación de esta ley, y dispone que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones (art. 41).

³³⁰ Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni en “Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.V.C.”, del 21/03/2006.

La Corte Suprema ha dejado en claro que *La ley 24.240 integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio, por lo que, tal como lo establece el art. 75 inc. 12 "...no altera las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones..."*³³¹.

La competencia de las Provincias en la materia ha quedado claramente expuesta en los pronunciamientos sostenidos y reiterados por Corte Suprema, según los cuales las causas en las que se impugnan actos de la autoridad local de aplicación de la ley de defensa del consumidor, deben tramitar ante la justicia provincial. El máximo Tribunal de Justicia de la Nación ha adoptado un criterio en clara defensa de las autonomías provinciales, afirmando, en el fallo ya citado, que *"No se excedió en sus facultades la provincia del Neuquén al disponer en el art. 8 de la ley 2268 que las sanciones administrativas impuestas por la autoridad local serán apelables ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería del lugar donde se cometió la infracción, puesto que, una inteligencia diversa de dicha norma importaría avasallar la autonomía de las provincias consagrada en los arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional, como así también, desconocer lo dispuesto en su art. 75, inc. 12"*. En su recta interpretación, dispuso toda duda al afirmar que *"El art. 45 de la ley 24.240 sólo se refiere a las sanciones administrativas impuestas por la autoridad nacional de aplicación, las cuales sólo serán apelables ante las Cámaras Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital o ante las cámaras federales de apelaciones de las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho, quedando excluidas de tal precepto las sanciones administrativas que emanen de las autoridades provinciales, las cuales deberán ser recurridas ante la justicia provincial"*. Con posterioridad, la Corte replicó el criterio, respecto de la Provincia de Misiones, en la causa "Fouce, Juan Carlos c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. y/o BBVA Banco Francés" del 21/11/2006³³².

Se concluye ciertamente que las Provincias tienen facultades para legislar en la materia y la autoridad de aplicación, en el ámbito local, para aplicar sanciones, que

³³¹ Fallos 324:4349.

³³² Fallos 329:5361.

podrán ser revisadas por los jueces provinciales competentes. Esta premisa excluye los supuestos referidos a la actuación de un organismo del Estado Nacional sujeto a la jurisdicción federal y en ejercicio del poder de policía financiera que compete a otro órgano de este último³³³; o cuando la protección requerida excede la competencia de un juez provincial “porque atañe al comercio interjurisdiccional e internacional, toda vez que Internet es un medio de interrelación global que permite acciones de esa naturaleza extralocal”³³⁴.

2. Alcance.

Otro aspecto controvertido, que ha motivado la intervención de los tribunales de justicia, es el relativo al ámbito de aplicación material de la Ley de Defensa del Consumidor. En particular, las compañías de seguro, las obras sociales y las entidades financieras sostienen ante los tribunales que la única autoridad para intervenir en el control y sanción de la actividad que prestan y en todo asunto relativo a los contratos que suscriben, es respectivamente, la Superintendencia de Seguros de la Nación o la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación o el Banco Central de la República Argentina, razón por la cual postulan la incompetencia de la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en tales casos.

La entrada en vigencia de la Ley N° 24.240 indudablemente marcó el inicio de un nuevo rumbo en el tratamiento de las relaciones de consumo, caracterizado por un cambio de los paradigmas imperantes, ya que un amplio sector de la contratación fue sustraído del campo del derecho común para sujetarlo a un estatuto particular sustentado en criterios derivados del orden público económico social de protección. Una vez consolidado el referido proceso de incorporación de derechos, se generó un intenso debate en orden a los alcances "objetivos" de la ley, esto es, respecto de las operaciones económicas y jurídicas comprendidas en ella. La discusión, que resultaba de cierta ambigüedad de algunos textos legales, puso de manifiesto el comportamiento de importantes sectores económicos que pugnaban por no resultar alcanzados por la normativa. Constituyen supuestos paradigmáticos de lo afirmado, la "resistencia" de las entidades financieras, de las aseguradoras, de las compañías de

³³³ “B.N.A. c/ Programa de Defensa del Consumidor Comercio y Cooperativas de la Pcia. San Luis s/ apelación ley 24.240”, Fallos 328:2671.

³³⁴ Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en “Asociación Vecinal de Belgrano C 'Manuel Belgrano' s/ medida autosatisfactiva”, del 23/12/2004.

ahorro previo para fines determinados, de las prestatarias de servicios públicos, de medicina prepaga, y empresas de turismo, entre otras³³⁵.

Sostengo -y en tal sentido me he pronunciado- que la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 24.240 tienen un amplio alcance, y así actividades que postulaban estar excluidas, se encuentran claramente comprendidas en ese marco legal, tal como lo viene señalando la doctrina y jurisprudencia. Valga sólo como una mera enunciación no taxativa, la actividad que realizan las empresas de medicina prepaga³³⁶.

La Ley de Defensa del Consumidor es clara en tal sentido al disponer que “Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica” (art. 3°). En el caso de las compañías de seguro, tiene dicho la doctrina de los tribunales que “De conformidad con lo previsto por el art. 1 de la Ley 24.240, modificado por la Ley 26.361, el seguro es un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un consumidor final y una persona jurídica, quien profesionalmente se obliga, contra el pago de una prima, a prestar un servicio, cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura pactada”³³⁷. Este criterio, que como se dijo ya se venía sosteniendo en forma generalizada por la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, ha sido finalmente plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial dentro de los contratos de consumo y, en consecuencia, “resultan aplicables al contrato de seguro celebrado con destino final de consumo, en cuanto resulten pertinente, las disposiciones de la ley de protección al consumidor. Deben quedar excluidos, en cambio, aquellos contratos de seguro en los que el asegurado no resulte consumidor, no lo celebre como destinatario final, se contraten con relación a un interés asegurable sobre

³³⁵ HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra, "A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencial", J.A., Lexis Nexis 2003-IV-154.

³³⁶ Fallos 324:677. También: Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, en autos “Boston Cía. Arg. de Seguros S.A. C/ Provincia de Mendoza s/ A.P.A.”, del 31/08/2010; Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, del voto del Dr. Lutz, “L. C. c/ La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales s/ Recurso s/ Casacion”, del 29-03-06; Juzgado Contencioso Administrativo de San Juan, autos “Caja de Seguros S.A. c/ Provincia de San Juan s/Contencioso Administrativo”, 10-12-2015, entre otros.

³³⁷ Cám.Apel.Civil de la Pcia. de Bs.As., “Dolores, Zegbi, Carlos Antonio c. Provincia Seguros SA”, del 19/03/2013; más precisamente, “el contrato de seguro es una *subespecie de los contratos de consumo*” (cfr. Cám.Apel.Civil de San Juan, Sala II, en “Torres, Susana Margot y Cuarta, Argentino Osvaldo s/ Acción Declarativa de Certeza”, del 09/04/2013).

bienes que integran el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”³³⁸.

Además, cuando el legislador ha querido excluir una actividad, ha plasmado esa voluntad en forma expresa. Así, el art. 63 de la LDC excluye de la protección tuitiva de la ley, al menos en forma parcial, el contrato de transporte aéreo, respecto del cual se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley. La aplicación supletoria suscita no pocas complejidades al momento de la interpretación, pues colisiona con el principio rector establecido en el art. 3 de la Ley 24240, según la cual en caso de duda debe adoptarse la norma más beneficiosa para el consumidor³³⁹. Esta supletoriedad ha sido objeto de crítica ya que el transporte aéreo es una “actividad en la cual el usuario encuentra una enorme cantidad de desventajas, ya sea por falta de información o por insuficiente protección ante los incumplimientos de las aerolíneas, toda vez que el sistema propio de la actividad aérea ofrece una débil protección al pasajero”³⁴⁰. Basta pensar en los frecuentes inconvenientes que afectan a los pasajeros por motivos diversos (suspensiones de vuelo por vencimiento de tripulación, asambleas, paros, retrasos; pérdida de conexiones; sustracción de equipaje, rotura, etc.) que generan perjuicios muchas veces de difícil o imposible reparación ulterior, máxime teniendo en cuenta la reparación limitada (irrisoria, diría) que en estos casos se prevé³⁴¹. Quizá, en una eventual futura reforma, sea un tema a incorporar en la agenda legislativa.

3. Oportunidad del planteo.

En el caso que el proveedor o empresa denunciada pretenda no resultar alcanzada por la LDC y postule la incompetencia del organismo de aplicación de dicha ley, deberá formular el planteo en sede administrativa y, mantenerlo en sede judicial. Ello así en virtud de que, en el proceso revisor del procedimiento en sede administrativa, "los tribunales no están habilitados para examinar planteos distintos a los que fueron examinados por la Administración (...) ello, sin perjuicio de

³³⁸ COMPIANI, María F., "El contrato de seguro en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2014-F, p. 662.

³³⁹ LORENZETTI, *Consumidores*, p. 98.

³⁴⁰ BARREITO, Karina, *El régimen de defensa del consumidor en la actividad turística*, Ladevi, Buenos Aires, 2008, p. 150.

³⁴¹ LASPIUR, Luis Ernesto, "Los pasajeros no deben convertirse en personas abandonadas, sino protegidas", *Diario Judicial*, 16-9-2015.

incorporar en sede judicial nuevos argumentos jurídicos, no sometidos previamente a la Administración...”³⁴².

La Corte Suprema resolvió rechazar los agravios que conducen a la inteligencia de la Ley de Defensa al Consumidor N° 24.240, así como los referidos a la lesión del art. 121 de la Constitución Nacional, a las garantías de la supremacía constitucional y del juez natural, si no han sido debidamente mantenidos, pues si bien al formular su descargo en sede administrativa el recurrente cuestionó la competencia de las autoridades nacionales, no hizo lo propio al interponer el recurso de apelación ante la cámara federal, por lo que debe inferirse que ha hecho abandono de la cuestión³⁴³.

En igual sentido, la Corte de Justicia de San Juan ha resuelto que "(...) el planteo de incompetencia resulta inadmisibles en sede judicial al no haber sido deducido ante la Dirección de Defensa al Consumidor. Contra lo argüido por la quejosa, cabe señalar que la revisión en sede judicial, lo es de un acto administrativo dictado por la autoridad de aplicación de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor (art. 35 Ley 7714) surgiendo del art. 40 de la ley 7714 que en las actuaciones pertinentes "será de aplicación supletoria la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de San Juan". Siendo así, rige la carga de plantear ante la Administración toda cuestión -sea de índole fáctica o jurídica- que pretenda invocar en la eventual demanda judicial (art. 25 Ley 3784). Ello implica la imposibilidad de deducir en sede judicial planteos no efectuados en sede administrativa...”³⁴⁴.

IV. Legitimación procesal – ampliación.

Las acciones judiciales se encuentran previstas en el art. 52 de la Ley N° 24.240, que confiere legitimación no sólo al consumidor o usuario, sino que se extiende a las asociaciones de consumidores (art. 55) autorizadas en los términos del

³⁴² HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2009, Tomo I, pp. 273/274.

³⁴³ Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en “Cencosud S.A. c/ Secretaría de Industria Com. y Minería - disp. DNCI 274/00”, Fallos 327:2258.

³⁴⁴ Corte de Justicia de San Juan, Sala II, Autos "Meissl, Carlos Augusto S/ Apelación Resolución Dirección Del Consumidor", 19/06/2012.

art. 56 de la ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal.

Había anticipado, al inicio de esta colaboración, que uno de los aspectos que mayor avance registra en el ejercicio de los derechos de los consumidores es la legitimación procesal, mediante la ampliación del universo de sujetos legitimados para reclamar, en miras de alcanzar la tutela jurisdiccional más amplia. Ello encuentra suficiente justificación en el hecho de que “[l]a persona es un fin en sí mismo para cuya realización y perfección necesita gozar de todos los derechos que se relacionan con la condición humana, con las restricciones razonables que le imponga el bien común, tanto en su dimensión individual como social, espiritual y material. En ese arco protectorio se encuentran la libertad, la propiedad y la igualdad y aun los llamados derechos de segunda y tercera generación, con sus nuevos paradigmas, como la tutela judicial efectiva”³⁴⁵.

Una primera manifestación de ello es la incorporación de la “relación de consumo” en el CCyC, que define como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor (art. 1092), supuesto que importa una noción más amplia que la de “contrato de consumo”, pues en el marco de aquélla “quedan protegidos no sólo los consumidores o usuarios vinculados convencionalmente con los proveedores, sino también aquellos que sin haber sido parte en el contrato, son alcanzados por sus efectos”³⁴⁶.

En segundo lugar, el CCyC (Ley N° 26.994) amplía la legitimación activa al equiparar a categoría de consumidor a toda persona que, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1092, 2° párr.). Esta disposición “reafirma que la cobertura que brinda el régimen legal se extiende a muchos de quienes no habiendo intervenido de manera directa, se hallan impactados por el vínculo entre proveedor y consumidor (vgr. integrantes del grupo familiar o social, el cesionario, etc.”³⁴⁷. La

³⁴⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 47.

³⁴⁶ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, 5-2-2009, “Uazzi Cristina Mabel y otros c/ E.D.E.N. Empresa Distribuidora de Energía Norte s/ daños y perjuicios - Imcump. Contractual”.

³⁴⁷ *Código Civil y comercial de la Nación comentado* (dirigido por LORENZETTI, Ricardo, Rubinza Culzoni editores, Santa Fe, 2015, Tomo VI, p. 233.

jurisprudencia ya había sentado tal criterio al señalar que “Si el denunciante integraba el grupo familiar de titularidad de una persona que recibía los servicios médicos asistenciales en su carácter de "terceros beneficiarios" del contrato celebrado entre Luncheon Tickets SA y Docthos SA (luego fusionada con Swiss Medical SA), resulta irrelevante el hecho que el denunciante no hubiera concurrido personalmente a firmar el contrato de adhesión con la entidad de medicina prepaga. Toda vez que el denunciante tenía derecho a requerir a la firma encartada la referida consulta y el consecuente tratamiento médico, el denunciante se encontraba debidamente legitimado para efectuar el reclamo”³⁴⁸.

Por último, y si bien la ley establece la titularidad de la acción, puede afirmarse que la fuerza expansiva de la protección al consumidor se visualiza claramente en la ampliación del campo de la legitimación procesal por vía pretoriana. La procedencia de la acción colectiva, referida a derechos individuales homogéneos, ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Padec c/ Swiss Medical Group S.A. S/ nulidad de cláusulas contractuales”³⁴⁹. Señaló allí, siguiendo la doctrina del caso “Halabi”, que la procedencia de este tipo de acciones requiere de la verificación de tres elementos: una causa fáctica común, es decir, la existencia de un hecho que causa lesión a varios derechos individuales; una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y no en lo que cada individuo pueda peticionar; y finalmente, que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de la demanda.

En el caso “Uriarte Martínez, Héctor V. c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”³⁵⁰ la Corte consideró que la asociación actora estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquella suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, pues el derecho cuya protección procura la actora es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer valer una acción colectiva en los términos del precedente

³⁴⁸ "Swiss Medical SA c/ DNCI -Disposición N° 352/2009 (Expte.S01:44564/06)" – Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. - Sala II - Fecha: 30/09/2010.

³⁴⁹ CSJN, 21-8-2013.

³⁵⁰ Fallos 333:203.

"Halabi" y de no reconocérsele legitimación procesal se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

Con similar criterio y en los términos del precedente "Halabi" y del art. 52 de la Ley N° 24.240, el máximo Tribunal de Justicia admitió la legitimación colectiva en una acción promovida por una asociación civil contra una compañía de seguros con el objeto de que se le ordenara cesar en la práctica de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro, "ya que el derecho cuya protección se procura es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos, la pretensión está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada y *de no reconocerse legitimación procesal a la demandante podría comprometerse seriamente el acceso a justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir*"³⁵¹.

Sobre la base de tales precedentes, se confirmó la sanción impuesta por la autoridad de aplicación de la LDC en la Provincia de San Juan, con motivo de la denuncia iniciada por la Municipalidad de Valle Fértil, en defensa de los intereses del universo de usuarios que habitan ese Departamento, afectados por la deficiente prestación del servicio de telefonía móvil. La legitimación no fue discutida por la empresa denunciada en sede administrativa, y no fue tampoco motivo de agravio en la instancia judicial, por lo que se dio curso a la acción colectiva, en donde claramente estaban afectados intereses individuales homogéneos. Sin embargo, en lo que refiere al daño directo y su determinación, siguiendo el precedente "Halabi", se señaló que "éste debe estar concretamente acreditado, y naturalmente la situación de cada uno de los usuarios y consumidores del servicio, será diferente. Al respecto, en el caso de "acciones colectivas", a través de una *class action* si bien puede solicitarse la sanción a una empresa por infracción a la LDC, no sería la vía conducente para

³⁵¹ "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ Ordinario" - Fecha: 24/06/2014.

reclamos en los que se busque la reparación del daño directo, por tratarse de perjuicios particulares. En este supuesto 'necesariamente se debería acudir a la vía individual, puesto que la apreciación de la reparación en cada circunstancia requerirá del análisis de la situación particular'³⁵² en razón de que "(...) cada uno de los afectados tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo, y por lo tanto posee legitimación para reclamar el resarcimiento de los daños que acredite haber sufrido, donde *el dato caracterizante pasa por la proyección del agravio concreto, y no necesariamente por la concurrencia de perjudicados*"³⁵³. En consecuencia, se rechazó la apelación (recurso judicial directo) contra la resolución administrativa que impuso la sanción de multa, y se admitió respecto de la que determinó el daño directo, declarándose por ello la nulidad del acto³⁵⁴.

En fallo reciente³⁵⁵, el máximo Tribunal de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala A) que había admitido la excepción de falta de legitimación opuesta por la demandada y rechazado la demanda por la que se pretendía que se condene a la accionada a cumplir con lo establecido en el art. 40 inc. F) Ley de Tránsito N° 24.449 y arts. 4°, 5°, 6°, 10 *bis*, 40 y 52 de la Ley de Defensa del Consumidor; en síntesis, a proveer a todas las unidades nuevas a comercializar del matafuego reglamentario con sus sujeciones correspondientes, como asimismo a entregar a los adquirentes de las unidades comercializadas durante los últimos 10 años, contados desde la fecha de interposición de demanda, y que fueran adquiridas mediante una relación de consumo, o a restituir los gastos –estimados al valor actual- a quienes los hubiesen instalado a su costo. Señaló la Corte Suprema que, en base a una adecuada ponderación de los recaudos exigibles, era viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en el precedente "Halabi", destacando el rasgo de homogeneidad fáctica y normativa que en el caso habilita la vía intentada.

³⁵² CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Responsabilidad jurídica por fallas masivas en los smartphones", La Ley Sup. Act. 15/11/2011, p. 1.

³⁵³ GUSMAN, Alfredo S., "Situaciones jurídicas subjetivas en el derecho administrativo", ED, 182-1059.

³⁵⁴ Juzgado Contencioso Administrativo de San Juan, 12-12-2016, en "AMX Argentina S.A. s/recurso de apelación (Defensa del Consumidor)"; sentencia confirmada por la Corte de Justicia de San Juan, Sala II, 25-4-2017.

³⁵⁵ "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Peugeot Citroën S.A. s/ Ordinario", del 26-9-2017.

Respecto de la actuación del Defensor del Pueblo, el máximo Tribunal de Justicia de la Nación ha delimitado su desempeño al ámbito de sus respectivas competencias territoriales de actuación de modo tal que a las autoridades de las respectivas Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no les compete el control de la actividad administrativa de los órganos locales, careciendo de legitimación para impugnar judicialmente actos emanados de una autoridad nacional³⁵⁶.

V. Palabras finales.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que se ha avanzado en forma sostenida hacia el fortalecimiento de un sistema tuitivo de consumidores y usuarios que, al mismo tiempo, asegura los mecanismos de defensa de proveedores, de modo tal que a la autoridad de aplicación y al intérprete le resulte posible armonizar los distintos intereses en juego a fin de no anular, por exceso de protección, los derechos que se reconocen en la Constitución. Las modificaciones legislativas en la materia del consumo y los criterios interpretativos que se han ido elaborando han contribuido decididamente en esa dirección. Señala Cassagne que, en el campo del derecho se llevan a cabo, cada tanto, grandes transformaciones que modifican instituciones caducas y amplían o limitan sus alcances, dando vida a nuevos principios y reglas compatibles con los fines que presiden el cambio o la adaptación del sistema jurídico. La democracia, más que responder a una entelequia - en términos aristotélicos- es un proceso que se va construyendo en una interacción continua, atendiendo a los retos planteados por nuevos actores políticos, sociales y culturales, y por factores económicos y de interdependencia global. Es claro que nuestra sociedad, en su conjunto, ha dado muestra de esa madurez política e institucional que requiere la consagración y ampliación de derechos en procura del bienestar general; el desafío es evitar regresiones en esa conquista y ser persistentes en la búsqueda de respuestas superadoras. Decía Ihering: “Sólo la voluntad puede dar

³⁵⁶ “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 329:4542. En el caso, la Defensoría cuestionaba la resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación 2926 de 1999, en la cual se había autorizado el cobro del servicio de informaciones “110” a los usuarios del servicio telefónico.

al derecho lo que constituye: la realidad. Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si la fuerza moral, la energía, la perseverancia le faltan, ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho” pues “la idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”³⁵⁷.

Quizá la asignatura pendiente en esta construcción cultural esté, precisamente, en la educación al consumidor que los constituyentes de 1994 establecieron como uno de los pilares fundamentales del sistema protectorio (art. 42), con facultades ampliamente desarrolladas en la Ley N° 24.240, que se extienden tanto a su inclusión en los planes educativos de todos los niveles (art. 60) -lo que encuentra, además, anclaje en la Ley Nacional de Educación N° 26.206³⁵⁸ como así también a la formación del consumidor, para facilitar la comprensión y utilización de la información, orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de los servicios y ayudarlo a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente (art. 61 -t.o. Ley N° 26.361), cuya necesidad fue evidenciada por los constituyentes al señalar que la información adecuada y veraz incluye igualmente el control por el Estado en la relación del consumo, para impedir los abusos de la publicidad o propaganda, a fin de evitar confusiones en los compradores³⁵⁹.

En el caso del uso y consumo -destaca Rosatti- es tan importante reconocer los derechos específicos como generar un ciudadano informado y activo dispuesto a defenderlos (individual y colectivamente). Este ciudadano (usuario y consumidor) responsable no nace por generación espontánea. Requiere información y educación previas. Por ello, la cláusula del artículo 42 encomienda al Estado (bajo los rótulos de “la legislación” y “las autoridades”) la tarea de promover a este prototípico usuario y consumidor y de asistirlo en la defensa de sus derechos³⁶⁰.

Es probable que un mayor esfuerzo en la función educadora incida, además, en los comportamientos futuros de consumidores, usuarios y proveedores, lo que

³⁵⁷ VON IHERING, R. *La lucha por el derecho*, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2015, traducción de A. Posada.

³⁵⁸ B.O. 28-12-2006.

³⁵⁹ Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, pp. 4274, 4175, 4340 y 4341; citado por SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs. As., 2001, Tomo 2, p. 703.

³⁶⁰ ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, 1ª edición revisada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 463.

necesariamente impactará en una mejor calidad de las relaciones de consumo. Señalaba Bobbio que nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas, pero si observamos un poco desde fuera el desarrollo de la vida de un hombre a través de la actividad educadora que ejercen sobre él sus padres, maestros, etc., nos damos cuenta de que ese hombre se desarrolla bajo la guía de reglas de conducta, y que la vida entera es un proceso educativo continuo³⁶¹.

A quienes se hayan sumado a la oferta y adquirido el ánimo necesario para compartir este breve recorrido en la convicción de que la información suministrada - aun con sus deficiencias-, en condiciones previsibles o normales de uso no presenta peligro alguno, gracias por su compra. Se aceptan devoluciones.

³⁶¹ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, quinta edición castellana, editorial Temis, Bogotá, 2016, p. 4.

**LOS “HECHOS” EN EL PARADIGMA LEGALISTA
Y EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA**

Por Rodolfo Vigo

Propósito: El cambio del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional que se fue produciendo -en Europa continental y desde ahí a América Latina- después de la segunda guerra mundial, afectó transversalmente al derecho, al Estado y a los juristas. Esos tres ámbitos fuertemente interrelacionados, fueron experimentando transformaciones en sus características principales y troncales, hasta convertirlos en realidades muy diferentes. Es cierto que los cambios se constatan fundamentalmente observando la misma realidad, pero si uno se instala en el espacio académico tradicional, lo más probable es que no los advierta en toda su magnitud; pues es bastante evidente que en nuestras Facultades de Derecho predomina, en general, una notable inercia que impide reconocer y asumir la nueva realidad, y así se sigue preparando a los futuros profesionales del derecho como si casi nada nuevo hubiese ocurrido en los últimos doscientos años.

Atento a ese carácter expansivo e integral de los cambios, nada del mundo del derecho “vivo” ha quedado igual, por eso es interesante comprobar la distancia que fue paulatinamente configurándose entre la enseñanza oficial del derecho y como éste aparecía ante los juristas cuando debían operar. Es que se prepara a los juristas para un mundo que ha dejado de existir, y de ese modo se los condena a una especie de esquizofrenia, atento a que el aparato conceptual con el que se los ha dotado, no les sirve para entender y operar en la realidad donde deben actuar. En definitiva, los profesionales del derecho que tienen que prestar su servicio a la sociedad carecen de una teoría apropiada para “ver”, comprender y responder apropiadamente al y en el derecho.

En el presente artículo prestaremos atención a los aludidos cambios producidos específicamente en el terreno de los “hechos”, según son identificados o asumidos por el derecho y por los juristas. Trataremos de ir señalando como eran visualizados en las reglas del derecho, en los procesos y por los abogados y jueces en el Estado de Derecho Legal (EDL), y como lo son en la realidad de los actuales Estados de Derecho Constitucional (EDC). Por supuesto que a los fines de poner de relieve el siguiente contraste, optaremos por destacar y acentuar los cambios, evitando los necesarios matices, y también somos conscientes que la nómina a referirnos podría haberse reducido subsumiendo características. Algunas de éstas se conectan de

manera directa con los “hechos” y su despliegue procesal, otras remiten a la matriz donde ellos se definen, y por ende, la conexión es más indirecta, e incluso a veces atendemos genéricamente al marco del proceso por sus implicancias sobre el tema en cuestión. El esquema que usaremos será primero indicar una característica del EDL, y a continuación, con la misma numeración, cómo ha quedado ella transformada en el EDC.

1. La juridicidad fáctica la establecía exclusivamente el legislador.

Si en el EDL el derecho era lo contenido en la ley, resultaba coherente postular que le correspondía a la misma “voluntad general” establecer cuáles serían los hechos que resultarían de carácter jurídicos, y por ende, debían ser atendidos por los juristas. Sin esa asunción en la ley no había hechos de interés para el derecho, y correspondía –al mismo tiempo- raigal y libremente al legislador definir ese ámbito. Fuera de la ley no había derecho, ni por ende tampoco hechos jurídicos, y estrictamente no había determinaciones apriorísticas que condicionaran o limitaran la voluntad legislativa o autoritativa. Conocidas afirmaciones de los profesores de la exégesis francesa como Bugnet: “yo no enseño derecho civil, sino Código de Napoleón”, o típicas expresiones formuladas por Kelsen: “El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica”³⁶², confirman que no hay hechos que tengan alguna juridicidad fuera de la establecida por las normas.

1'. Los hechos con su inescindibilidad jurídica.

Desde la filosofía jurídica clásica había conciencia que hay deudas de alteridad o de justicia que deben o pueden ser asumidas por las normas, mientras que hay otras deudas de justicia que son estrictamente morales dado que no pueden ser exigidas por las normas jurídicas en razón de que resultan impagables (las que tienen un hijo respecto a los padres) o se desnaturalizan si son exigidas con coerción (las de agradecimiento o amistad). Esa juridicidad impuesta al que crea derecho se revela en

³⁶² KELSEN, Hans *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2015, p. 136.

el “contenido mínimo de derecho natural” de Hart señalando exigencias que debe asumir el derecho porque de lo contrario éste se tornaría inviable³⁶³; o en Fuller con su “derecho natural procesal” y sus ocho exigencias inescindiblemente unidas a la existencia del derecho³⁶⁴; o también cuando Alexy postula la incompatibilidad del derecho con los órdenes “absurdos”, “depredatorios” o “extremamente injustos”³⁶⁵. En definitiva, hay hechos de la convivencia humana (el homicidio, el cumplimiento de lo acordado, etc.) que el derecho y los juristas siempre han asumido en el ámbito de su competencia, y que no pueden dejar de hacerlo si pretenden ser reconocidos como tales y se proponen la subsistencia de la vida social.

2. Los hechos jurídicos reducidos a la ciencia de la ley.

El saber jurídico auspiciado o promovido en el marco del EDL era el científico, pues a él le correspondía describir, interpretar y sistematizar a las normas jurídicas positivas. De ese modo eran los iuscientíficos los encargados de estudiar los hechos en el derecho, los que coincidían exactamente con los casos que habían sido definidos por el autor de la norma como hipótesis de ciertas consecuencias coercitivas. El norte que guiaba al jurista en general, y al científico jurídico en particular, era ser fiel a la voluntad del legislador, y nunca juzgar a la ley sino desde la ley. Según ese paradigma, se suponía que la jurisprudencia era la mera “aplicación” al caso de la ley sin crear nada para el derecho, incluso pesaba sobre el juez la amenaza del delito de prevaricato si se apartaba del único sentido fijado en la ley. La reiterada fórmula de Montesquieu de los jueces como “bouche de la loi” ratifica la irrelevancia de los hechos en la tarea judicial. La “presunción del legislador racional”, los métodos interpretativos taxativamente establecidos y el silogismo deductivo, clausuraban todo interés más allá del conocimiento de la ley. Una pieza importante de ese *iter* aplicativo fue una visión ingenua o “mágica” del lenguaje legislativo a la hora de definir los hechos genéricos, que ignoraba las

³⁶³ VIGO, Rodolfo *Vinculaciones entre el derecho y la moral en H. L. A. Hart*, en VIGO, Rodolfo *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.

³⁶⁴ FULLER, Lon *The morality of law*, Yale University, 1964, cap. 2.

³⁶⁵ VIGO, Rodolfo *La teoría discursiva no positivista en Robert Alexy*, en VIGO, Rodolfo, op. cit.

indeterminaciones y problemas –semánticos, sintácticos y pragmáticos– que el mismo genera.

2'. *Los hechos jurídicos “jurisprudenciales” como enriquecimiento de las normas*

Enseña la hermenéutica alemana que uno de los “círculos hermenéuticos” que corresponde reconocer a los juristas, es el que se da entre los “textos” de las normas y los “casos” que son regulados por los mismos, de esa manera una norma es no solo su texto, sino también los casos a los que brinda respuesta, y así, al día siguiente de su promulgación casi no sé nada de ella, pero al cabo de varios años de vigencia y aplicación estaré en condiciones de saber mucho más de la norma (pensemos en la norma que prescribe la caducidad de instancia de un proceso que no recibe actos impulsorios durante un plazo, pues el conocimiento completo de esa norma dependerá de las definiciones jurisprudenciales que se vayan haciendo de los actos a los que se les reconocerá o no carácter impulsorio). Los hechos de interés y responsabilidad para los juristas no sólo son establecidos por el legislador y estudiados por el científico, sino que competen al abogado y al juez ir enriqueciendo y hasta corrigiendo (especialmente vía excepciones) aquellas definiciones. Si coincidimos en la metáfora de Engisch de que la decisión judicial se devela en un “ir y venir de la norma a la cosa” (“*Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*”)³⁶⁶, podemos concluir que el ignorar la jurisprudencia condena al jurista al desconocimiento completo de los hechos de relevancia jurídica.

3. *Los hechos jurídicos procesales como casos fáciles.*

Parafraseando con libertad a Calsamiglia³⁶⁷ podemos decir que el iuspositivismo normativista gusta hablar de casos genéricos y fáciles, de ese modo los hechos de los procesos son instancias individuales de los generales definidos en

³⁶⁶ ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Carl Winter-Universitätsverlag, Heidelberg, 1960, p. 10 y ss.

³⁶⁷ CALSAMIGLIA, Albert, *Poositivismo*, en *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. I (1998), Universidad de Alicante, pp. 209-220.

las normas. La confianza en la voluntad infalible del legislador y el propósito central que guió al EDL decimonónico en aras de la seguridad jurídica, suscitaba la convicción que el trabajo de los juristas consistía en subsumir el caso concreto en el genérico contemplado en alguna norma general ya dada. Ese trabajo prometía ser muy sencillo (Montesquieu habló de los jueces como “seres inanimados”) dado que los juristas no “creaban” nada sino “aplicaban” la ley. Desde esa lógica resultaba coherente no incorporar en los planes de estudios de formación de juristas a la jurisprudencia, dado que ella era mera repetición de la ley. Se suponía que los casos atendidos por jueces y abogados eran ejemplos concretos de los previstos genéricamente en las normas, y por ende, no ofrecerían dificultades el brindarles las respuestas que tienen previstas en el derecho normativo autoritativamente puesto ,y que aquellos habían estudiado y memorizado en la carrera respectiva.

3'. Los hechos jurídicos procesales como casos difíciles.

La más elemental experiencia jurídica confirma que los hechos que convocan el trabajo de abogados y jueces son casos ya difíciles o que pueden llegar a serlo en manos de juristas dispuestos a buscar respuestas jurídicas no sólo en las normas (respuestas explícitas), sino también en principios y valores jurídicos (respuestas implícitas). Lo más probable es que si el caso no ofrece dificultades en su solución jurídica, no alcance a ningún estrado abogadil o judicial, dado que ella revelaría una clara incompetencia profesional. El interés por la atención profesional de un caso es directamente proporcional a su nivel de complicación en su respuesta. Advirtamos que casos tan simples como el vencimiento de los plazos procesales, llegaron a convertirse en difíciles y posibilitaron la creación pretoriana del llamado “plazo de gracia”, pero ello siempre requerirá de juristas –abogados y jueces- dispuestos a comprender las complejidades de los casos y la necesidad de ajustar respuestas a las particularidades de los mismos. La fórmula de Kaufmann típicamente hermenéutica que “aplicar derecho es descubrirlo”, sintetiza el carácter inédito o renovador que conllevan los casos, por eso nunca será igual estudiar la ley en abstracto que aplicado el derecho en los casos.

4. El “juridicismo” de los hechos jurídicos.

Una nota típica del saber jurídico funcional al EDL era su “juridicismo” o “insularismo”(Nino) en tanto se afirmaba el carácter autosuficiente y autónomo del derecho, de manera que su conocimiento era posible prescindiendo de otros saberes como la moral, la religión, la economía, la política, etc. Buen reflejo de esa característica eran los planes de estudios destinados a formar a los juristas, en donde sólo se computaban materias contenidas en normas y códigos que eran a su vez enseñadas por profesionales del derecho, y, así, brillaban por su ausencia saberes no jurídicos como la genética, la ingeniería de accidentes, la psiquiatría, etc. Las Facultades de Derecho eran “islas” solo habitadas por juristas y en las que sólo había normas, porque lo demás se daría por añadidura o se descartaría por carecer de naturaleza jurídica. Para conocer los hechos que iban a ser respondidos por los juristas, lo central y decisivo eran los mismos juristas que para ello conocían las normas.

4'. El conocimiento de los hechos desborda al jurista.

Cada vez resulta más claro que para conocer los hechos respecto a los cuales los juristas brindarán una respuesta jurídica es poco o nada lo que ellos pueden aportar, más bien se requiere de saberes no jurídicos que les digan cómo ocurrieron. Una demanda de filiación hace unas décadas atrás requería de un repertorio de pruebas en cuya propuesta y producción la intervención de los juristas resultaba decisiva, sin embargo, hoy la respuesta jurídica sólo requerirá en la práctica de una prueba de ADN realizada sobre algún material genético del demandado. De la misma manera que para establecer responsabilidades jurídicas en un accidente de tránsito se torna imprescindible escuchar a los ingenieros y sus fórmulas matemático-físicas. Es evidente el avance permanente de los saberes no jurídicos y las posibilidades que ellos ofrecen para conocer con verdad los hechos implicados en los procesos judiciales. Se torna necesario que Poderes Judiciales y Facultades de Derecho generen puentes con instituciones científicas o académicas ajenas al derecho como para nutrirse de medios que lleven al mejor y verdadero conocimiento de los hechos.

5. *La teoría de las dos verdades.*

La prestigiada escuela procesalista italiana representada por autores como Carnelutti afirmando que el objeto del proceso es la fijación formal de los hechos pero no la verdad³⁶⁸, o por Chiovenda³⁶⁹ cuando sostenía que la única verdad que cuenta es la que establece el juez en su sentencia, terminó consolidando la tesis de que una era la verdad procesal o formal y otra la verdad real o material, resultando funcional a la misma la difundida enseñanza que “lo que no estaba en el expediente no estaba en el mundo”. De ese modo la prueba, el proceso y el juez quedaban desligados de la verdad, y ésta disponible para ser establecida discrecionalmente por las partes y el juez. Son funcionales a esa visión: las posturas escépticas en materia gnoseológica; las que reducen la lógica jurídica a la retórica o la persuasión; las que tienen una visión iusprivatista del proceso; las que remiten la decisión judicial a la “íntima convicción” y las que asignan como objeto exclusivo del proceso la ejecución de la ley o la resolución del conflicto.

5'. *La verdad como condición de la justicia.*

Es ésta una de las tesis centrales de Michele Taruffo³⁷⁰ y de ella se desprende que si el objeto del proceso es la justicia (en el sentido que cada una de las partes se quede con lo que le corresponde), antes debe preocuparse por encontrar la verdad acerca de los hechos que motivaron el conflicto. Para el profesor de Pavía el procedimiento judicial puede interpretarse como una empresa epistémica orientada a conocer la verdad de los hechos de la causa, y ella es definida en términos de “correspondencia” dado que consiste en decir fundadamente como sucedieron realmente aquellos, por eso, no cabe exagerar en la distinción entre el juez y el científico o el historiador, más allá de los límites que el derecho establece en función de otros valores a los medios epistemológicos idóneos para la verdad. En definitiva,

³⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 29.

³⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, p. 79.

³⁷⁰ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 64.

la verdad tiene –como lo destaca Taruffo³⁷¹- un valor moral (sería insostenible un sistema ético basado en la falsedad o en la indiferencia respecto a la verdad), un valor político (la democracia requiere la verdad, así como los totalitarios se nutren del engaño), un valor epistemológico (el conocimiento supone la posibilidad de distinguir la verdad del error), un valor jurídico y procesal (la justicia no puede apoyarse en el error o la mentira). Si el proceso y el juez renuncian o les resulta indiferente la verdad, ello implica también despreocuparse de la justicia.

6. La separación entre “*quaestio facti*” y “*quaestio iuris*”.

La revolución francesa en absoluta coherencia con sus ideas políticas y jurídicas centrales, creó en 1790 el Tribunal de “*Cassation établi auprès du corps législatif*” con el objeto de controlar a los jueces en orden a la mera aplicación de la ley sin modificarla y ajustándose estrictamente a lo dispuesto por su autor e intérprete auténtico. De ese modo quedaban excluidas de la casación las cuestiones fácticas, y su propósito final era garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, contando para ello con el auxilio de la institución del “*référé législatif*” que evitaba a los jueces despejar dudas sobre la ley por vía de la intervención del Poder Legislativo. La casación fue una -al decir de Calamandrei³⁷²- “obra maestra del racionalismo iluminístico”, y sin duda que la separación entre los hechos y el derecho a los fines de un control reducido a éste último, implicaba un notable y forzado recorte de la realidad que perturbaba intrínsecamente a un razonamiento judicial orientado a ajustar la solución jurídica al caso que debía resolver.

6'. La superación de la separación entre el hecho y su derecho.

Un viejo aforismo romano enseñaba “*ex facto oritur ius*”, y aún cuando sea posible teóricamente aducir aquella distinción, lo cierto es que a la hora de una respuesta judicial argumentada para un cierto caso, resulta imposible, distorsionante, artificial o inexacto separarlos (Cfr. Guasp, Rotondi, Sentís Melendo, Mazzarese,

³⁷¹ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 109 y ss.

³⁷² CALAMADREI, Piero, *Función de la jurisprudencia en el tiempo presente*, en *Estudios sobre el proceso civil*, Ed. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1986, t. III, p. 249.

etc.). Es que en el razonamiento del jurista cuando habla de los “hechos” lo hace pensando en el “derecho”, así lo destaca G. Ubertis: ”si el juicio sobre la *quaestio facti* no puede ser nunca de ‘puro hecho’ al estar estructurado por referencia a coordinadas jurídicas, el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al ‘hecho’³⁷³. En la experiencia y práctica jurídica se confirma no sólo lo difícil que resulta intentar comprender exhaustivamente lo que se ha decidido jurídicamente sin conocer al mismo tiempo el caso o el hecho que se resolvió, sino también los esfuerzos jurisprudenciales que se han ido haciendo a los fines de evitar que la casación genere respuestas absurdas o irracionales. Más aún, pretender un control lógico del razonamiento del juez reducido a la premisa normativa supone un cercenamiento del mismo que lo imposibilita o distorsiona³⁷⁴. A este respecto es muy ilustrativa la decisión de la Corte Suprema argentina que, siguiendo una orientación que se va haciendo cada vez más visible en la jurisprudencia comparada en orden a superar el esquema originario de la casación, en la causa “Casal”³⁷⁵ (año 2005) se terminó de ampliar dicho recurso a la materia de los hechos.

7. El proceso en clave *iusprivatista* y liberal.

En el marco de la filosofía política liberal típica del XIX el proceso quedaba disponible para las partes ,de tal manera -apelando una vez más a Taruffo- “el proceso se inicia cuando las partes quieran y sobre lo que ellas decidan, duran cuanto las partes quieran y se desarrolla como ellas decidan, y termina cuando ellas no tengan nada más que decir”³⁷⁶. Es que la “acción” para instar un proceso era algo secundario e instrumental al derecho subjetivo que el actor buscaba proteger, y, por ende, el proceso quedaba a la completa disposición del titular del derecho sustancial que se procuraba tutelar mediante un juez, cuya función era estar a disposición de los dueños del proceso y dictar una sentencia respecto a ellos exclusivamente. El Estado de aquella ideología política era un mal necesario, pero debía ser mínimo ,y el juez no era considerado un poder sino parte de la administración. Los derechos que en

³⁷³ UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 75.

³⁷⁴ Cfr. IBÁÑEZ, Perfecto A., *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Bs. As., 2007, p. 214.

³⁷⁵ Fallos 328:3399.

³⁷⁶ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, marcial Pons, Madrid, 2009, p.155.

última instancia estaban en juego en el proceso los había fijado la ley, y paradigmáticamente se reducían en última instancia a la propiedad, la seguridad jurídica, la libertad e igualdad entendidas en términos formales y abstractos. En definitiva, los hechos del proceso padecían y se ajustaban a esa matriz iusprivatista y liberal.

7'. La constitucionalización del proceso.

En el EDC el servicio de justicia se convierte en un derecho humano, y los Tratados respectivos así lo reconocen. En efecto, éstos incluyen el acceso a la justicia y a una tutela efectiva de los mismos derechos, y la obra de Mauro Cappeletti al respecto es un buen reflejo de la amplitud e importancia del movimiento a favor de ese “acceso”³⁷⁷. La protección al goce efectivo de los derechos supone, desde la etapa previa al proceso, el derecho a contar con un asesoramiento profesional adecuado, como también durante el “debido proceso” y después en relación a que el juez cuente con los medios para que se respete su decisión. A los fines señalados se requiere atender a las diferencias y desigualdades que se apoyan en el ámbito de lo cultural, económico, lingüístico, social, etc., de modo que las debilidades reales y concretas de aquellos que llegan a tribunales, sean subsanadas en la medida de lo posible por el Estado como responsable último del bien común. En ese marco aparece la definitiva configuración de un Poder Judicial como verdadero Poder del Estado, al que se le deben proveer de los medios necesarios para cumplir tal decisivo cometido. El derecho del EDC se afirma al servicio de cada uno de los ciudadanos, y al constitucionalizarse entran en crisis institutos procesales clásicos como la legitimación en causa y la *res judicata*, de ese modo el proceso se abre a derechos colectivos o supraindividuales y las sentencias se extienden y benefician más allá de las partes procesales, con todas las implicancias que ello trae aparejado a la materia de los hechos y su prueba.

³⁷⁷ CAPPELETTI, Mauro, *Access to Justice*, Alphen aan den Rijn, Giuffre-Sijthoff & Noordhoff, Milano, 1978, vols. 1-4.

8. *Los hechos se describen.*

En el marco del EDL se suponía que la norma jurídica “describía” los hechos de los que luego los juristas se ocuparían, cuando entendían en asuntos que se resolverían mediante la subsunción de esos hechos concretos en los genéricos definidos como supuestos fácticos de consecuencias jurídicas. En buena medida había una confianza en la claridad de aquella definición fáctica de la norma y la prueba en el proceso se dirigía a verificar la existencia de una instancia individual de aquella descripción genérica. En definitiva, la explicación silogística remite a un jurista cuyo trabajo es subsumir casos individuales en los genéricos ya contemplados en las normas jurídicas generales de manera abstracta, por eso el esfuerzo central de los juristas es la comprensión acabada de esas definiciones realizadas por el legislador de una manera clara, exhaustiva y completa. Es que el saber funcional al EDL fue un saber teórico o especulativo, y se rechazaba por inviable o peligroso la posibilidad de un saber evaluativo o directivo de conductas y normas.

8'. *Los hechos y su valoración.*

Frente al punto inmediato anterior destaquemos: a) que “ninguna proposición descriptiva es apta a priori para captar y agotar el “hecho” y ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito completamente por una serie, incluso extensa, de proposiciones”³⁷⁸; b) las descripciones fácticas normativas padecen los problemas que conlleva el recurso de un lenguaje cargado de vaguedades y ambigüedades, por eso el jurista se enfrenta a “hechos institucionales” y no a “hechos brutos”; c) una distinción consolidada en la teoría actual es entre el texto de la norma y el significado normativo del mismo, y ello tiene relevancia como para subrayar las posibilidades significativas que ofrece aquél y cuya elección queda en manos del jurista; d) los hechos, en orden a su relevancia y respuesta jurídica, conllevan valoraciones, pero además hay hechos que exigen ser conocidos directamente como valorativos (por ej. daño grave, convivencia intolerable, etc.); e) las valoraciones fácticas suponen especialmente confianza en la posibilidad de su justificación racional, sin perjuicio

³⁷⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 93.

de la prueba de los hechos ocurridos; f) el hecho implicado en un litigio es “construido”³⁷⁹, y a tales fines, el proceso con sus elementos característicos, como presunciones, carga de la prueba, etc. cumplen un papel decisivo; y g) es importante en orden a la prueba del hecho ,reconocer sus diferentes tipos: principal o secundario, relevante o irrelevante, complejo o simple, colectivo o individual, etc., como así también la eficacia probatoria de los diversos medios.

9. El juez como “arbitro” pasivo.

Aquí resulta suficiente apelar una vez más a la autorizada palabra de Taruffo:”...la ideología liberal clásica del proceso civil, que estaba presente en el código francés, pero que se difunde y consolida especialmente a partir de la mitad del siglo XIX. El eje de esta ideología está constituido por la idea de que el proceso civil es esencialmente una *Sache der Parteien*, es decir, un lugar en el que la solución de toda controversia se consigue a través de la libre, incondicionada e ilimitada iniciativa de sujetos individuales privados. Cada uno de estos sujetos hace valer en el proceso sus propios intereses, que se confrontan con los de otros individuos. El proceso civil, entonces, es visto exclusivamente como una competición entre partes privadas. El Estado, cuya presencia también en el campo de la justicia debe ser ‘mínimo’, debe limitarse a prestar los servicios necesarios (los jueces, tribunales, los auxiliares de la justicia) y a prescribir las reglas del juego, o sea, las normas procesales; pero no puede gestionar ni condicionar el desarrollo de la competición entre los particulares, ni mucho menos determinar o condicionar el resultado. De otro lado, en la concepción dominante en este período, la ‘acción’, es decir, la posibilidad de dirigirse ante un juez para la tutela de un derecho, no es más que un aspecto secundario e instrumental del concreto ‘derecho subjetivo’ sustancial que se trata de tutelar”³⁸⁰.

³⁷⁹ HRUSCHKA, Joachim, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

³⁸⁰ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 154.

9'. *El juez como director del proceso*

Aquel juez burócrata y funcionario del EDL hoy no es funcional a las exigencias del EDC y a los derechos comprendidos en un servicio de justicia apropiadamente prestado. En ese contraste, lo mejor es seguir con Taruffo: "En los sistemas procesales de *civil law* ha surgido, en la segunda mitad del siglo XX, la tendencia a atribuir al juez civil un papel activo en la adquisición de la pruebas y en la averiguación de la verdad. En algunos casos, esa tendencia se manifiesta, como en España, con la atribución al juez de la facultad de solicitar a las partes que pidan las pruebas que él considera necesarias para la determinación de los hechos. Generalmente, en cambio, la tendencia se traduce en la atribución al juez de poderes de iniciativa instructiva autónoma: en algunos casos estos poderes tienen alcance general, como ocurre en Francia con base en el art.10 del *Code de Procédure Civile*, mientras que en otros casos se trata de un poder no general, pero muy amplio, como ocurre en Alemania (donde el juez puede decretar de oficio todos los medios de prueba salvo la prueba testimonial), o de un poder suficientemente amplio, como ocurre en Italia (donde el juez de lo laboral puede ordenar de oficio todos los medios de prueba, mientras el juez ordinario puede ordenar de oficio algunos de ellos)"³⁸¹. Por supuesto, que el profesor italiano se encarga de rechazar fundadamente las críticas (fuertemente ideológicas) que imputan a esos nuevos poderes del juez a visiones totalitarias, pues de lo que se trata es de comprender que el proceso tiene por fin la justicia y para ello es necesario la verdad, y ésta requiere de un juez "activo" (en un papel subordinado y complementario) aunque no "inquisitivo"³⁸².

10. *La escasa atención de los peritos y su prueba.*

En base a lo que llevamos dicho, no puede sorprender que la respuesta institucional típica del EDL respecto a los peritos es notoriamente ligera o incorrecta, así se constata en general: a) todos tienen el mismo status en base a un título habilitante, cualquiera sea el nivel de la institución que lo otorgó o el nivel de actualización profesional; b) no se tienen en cuenta el estado y actualidad del

³⁸¹ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 51.

³⁸² TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 357 y ss.

instrumental tecnológico que dispone el perito; c) la lista de peritos se construye en base al cuadro de títulos expedidos básicamente por las universidades, sin tener en cuenta las posibilidades epistemológicas que proveen los distintos tipos de saberes (no es lo mismo la certeza de un informe psicológico que otro generado en la física o química); d) la ignorancia o autismo del juez en cuanto a la materia del perito conspira contra un pedido de informe técnico eficaz en orden a descubrir la verdad; y e) no se tienen en cuenta los antecedentes éticos del perito. A ello se suma la ignorancia total del juzgador acerca del contenido del informe pericial y las dificultades procesales e institucionales para suplir la misma, lo que convierte a dicho informe en una prueba decisiva o que el juez no tiene posibilidad de criticar a pesar de ser formalmente reconocido por los Códigos Procesales “perito de perito”.

10'. La relevancia de la prueba pericial y científica.

Frente a los medios de prueba tradicionales hoy –de manera creciente y confiable- cabe recurrir a pruebas aportadas por expertos o científicos, lo que pone en aprietos al rol del juez como *peritus peritorum*. La jurisprudencia norteamericana es rica en el tratamiento de dicha prueba, y así la sentencia de 1993 dictada por la Corte Suprema en el caso “*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceutical, Inc.*”³⁸³ resulta un antecedente forzoso. En ella se señalan criterios de orientación del juez en relación a la exclusión o admisión de pruebas científicas, tales como: a) la controlabilidad y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica; b) el porcentaje de error que conlleva la técnica empleada; c) el control sobre la teoría o técnica empleada por parte de otros expertos o científicos; y d) el respaldo que le presta la comunidad científica a la teoría o técnica empleada. Desde una perspectiva epistemológica está claro que no todas las ciencias resultan igualmente confiables en orden a la verdad que supuestamente suministran, y así cabe distinguir entre las “ciencias duras” con métodos controlables y empíricamente verificables (como la física, la química, la biología, etc.), de las ciencias humanas o sociales (como la sociología, la crítica artística, la psicología, etc.), pero también Taruffo se encarga de distinguir entre la “buena” ciencia y la “mala” ciencia (“*junk science*”),

³⁸³ 509 U.S. 579 (1993).

entre éstas menciona a la astrología, la quiromancia, etc., y además, el profesor italiano desacredita como “pseudociencias” a la grafología, el análisis de huellas dactilares o el uso de máquinas de la verdad, e incluso sus interrogantes avanzan sobre “pruebas científicas que fueron considerada absolutamente fiables, por ejemplo la de las ‘huellas génicas o de ADN’, están ahora bajo escrutinio y su validez puede ser impugnada”³⁸⁴.

11. Las decisiones probatorias.

Distintos autores (J.Frank, K.Larenz, P. A. Ibañez, etc.) han destacado que las decisiones judiciales en materia de prueba y hechos resultan los momentos de la mayor discrecionalidad y del más difícil control. Ello obviamente se agrava cuando se sostienen posturas escépticas sobre la razón y la verdad, o teorías que la circunscriben a persuasión o coherencia. Aún hoy existen voces doctrinarias y jurisprudenciales que remiten aquellas decisiones judiciales al libre convencimiento del juez (la divulgada fórmula francesa de la “*intime conviction*”), de esa manera la decisión puede carecer de razones que la justifican y, consecuentemente, resulta incontrolable e insusceptible de ser criticada. También pueden verificarse una serie de recursos de amplio uso tribunalicio que en definitiva abonan en el mismo sentido, como por ejemplo apelar a un análisis integral de la prueba producida, evitando, por esa vía, un análisis puntual de cada una de ellas; o también basarse en informes periciales que son aceptados dogmáticamente y sin ninguna consideración crítica. La obsesión juricista y normativista que caracterizó al paradigma del EDL brindaba un apropiado paraguas de ignorancia entre los profesionales del derecho respecto del mundo de los hechos.

11'. La argumentación probatoria.

El debido proceso legal alcanza a la sentencia judicial que debe ser motivada, fundada o justificada, o sea, donde las diferentes afirmaciones o premisas del razonamiento contenido en ella cuenten con argumentos o razones jurídicas válidas,

³⁸⁴ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 98.

coherentes, suficientes e idóneas que las respaldan. Esta pretensión de racionalidad judicial abarca el campo de los hechos, y así hoy existen diversos ordenamientos favorables a la elaboración de esquemas racionales del juicio de hecho, principalmente a través del razonamiento probatorio y de las inferencias en las cuales éste se articula. Se habla así de una ‘lógica del juicio de hecho’, aludiendo a los modelos lógicos elaborados con el fin de racionalizar la valoración de la prueba y los argumentos en los que se basan los juicios admisibles de verdad o falsedad acerca de los enunciados fácticos. Una tendencia histórica va en el sentido de utilizar esquemas traídos de la teoría de la probabilidad para racionalizar las decisiones que los jueces toman en situaciones de incertidumbre, como las que versan sobre los hechos. No obstante, parecen inaplicables los cálculos de la probabilidad estadística, de manera que una orientación más admisible es la que parte de la concepción de la probabilidad lógica como confirmación de hipótesis sobre la base del conocimiento disponible en cada caso. Se hace esencial, entonces, el análisis de las formas de inferencia y de los relativos encadenamientos, que representan el fundamento de la validez lógica del juicio de hecho. Los modelos que se derivan de allí son instrumentos de racionalización del razonamiento probabilístico, y por tanto son también instrumentos de control de la admisibilidad de las hipótesis de hecho que se asumen como ‘verdaderas’ a los fines de la decisión³⁸⁵. Perfecto A. Ibáñez ha llegado a proponer una nueva estructura en la sentencia judicial en lo referido a los hechos la que quedaría así: 1. Antecedentes procesales; 2. Hechos probados; 3. Motivación: a) Sobre los hechos; y b) Fundamentos de derecho³⁸⁶.

12. La petrificación de la cosa juzgada.

La seguridad fue uno de los derechos incluidos en la Declaración de 1789, y por supuesto era un valor central para una visión burguesa y liberal. Así la seguridad jurídica, en tanto posibilidad subjetiva de conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de los comportamientos realizados y nota objetiva del derecho que torna indiscutible lo que él define, se constituye en la finalidad exclusiva o excluyente del mismo derecho, desplazando a la justicia a un valor secundario. En definitiva, la cosa

³⁸⁵ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre la justicia civil*, cit., p. 402.

³⁸⁶ IBÁÑEZ, Perfecto A., *En torno a la jurisdicción*, cit., p. 247 y ss.

juzgada apoya decididamente a la seguridad jurídica en tanto que la sentencia que ha pasado en esa autoridad ha creado una verdad (Pothier habla de “*vérité judiciaire*”) que se torna indiscutida cualquiera sea la realidad y los argumentos racionales que pudieran esgrimirse contra ella en nombre de la “*vérité varie*” (Pothier) o de la justicia³⁸⁷. Esa tesis de “*res judicata pro veritate accipitur*” queda consagrada en el Código de Napoleón, y con ese respaldo termina imponiéndose en los derechos del EDL, de manera que una que vez que ha quedado firme lo sentenciado no hay otra realidad para el jurista que la definida en la misma, y consecuentemente la cosa juzgada tiene capacidad de purgar hasta la nulidades de orden público, como lo contemplan códigos procesales.

12'. La revisión de la cosa juzgada.

La preocupación por la justicia, lo racional y la realidad que caracterizan al derecho del EDC, impactan en aquella “ficción de verdad” (Savigny) que suponía la cosa juzgada, y consecuentemente, comienzan a reconocerse excepciones o vías de impugnación a la misma. Es que si la sentencia se ha tornado fraudulenta o resulta evidentemente absurda desde un punto de vista axiológico o racional, no puede pretender validez, por lo que cabe arbitrar medios que posibiliten su revisión. En perspectiva procesal actual se destaca que la cosa juzgada ha dejado de lado aquella matriz esencialista que llevaba a la doble verdad, y es asumida en términos funcionales en tanto ella simplemente impide una decisión sobre lo que ya se ha decidido,”...la doctrina europea termina mostrando una convergencia significativa con la concepción angloamericana de la cosa juzgada que, partiendo del tradicional instituto del “*estoppel*”, ha llegado en sus desarrollos recientes a no abandonar del todo la expresión *res judicata*, sino configurando el fenómeno en términos de “*claim preclusion*” y de “*issue preclusion*”. Recordemos que el proceso en el marco del EDC ya no es visto “solo” como instrumento para resolver una controversia, sino que importa el camino que condujo a ella y la calidad de la resolución misma.

³⁸⁷ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit. p. 286.

13. Criterio restrictivo o estricto de la admisibilidad de las pruebas.

No puede sorprender que en el EDL se llegaba a postular que el catálogo de medios de prueba contemplados en el derecho debía ser entendido como vinculante y completo, de modo que no estaba permitido admitir medios de pruebas “atípicos”; esta doctrina “se basa en una concepción de la prueba estrictamente legalista, según la cual sólo derecho puede determinar que algo es una prueba”³⁸⁸. La capacidad configuradora de la realidad que se le atribuía a la ley alcanzaba a prescindir de la relevancia epistemológica de los eventuales medios de prueba, y se confiaba en que ella fijaría autónomos criterios de admisión de prueba. El perfil del juez aplicador de la ley y la mera ejecución de la misma como finalidad del proceso, reforzaba la tesis restrictiva y estricta de la admisibilidad de las pruebas.

13'. Criterio amplio de admisibilidad de las pruebas.

Dentro del derecho al debido proceso hoy aparece consolidada la idea de que las partes tienen el derecho a presentar todos los medios de pruebas que resulten relevantes y admisibles para respaldar su versión de los hechos en litigio. Ello tiene expresa consagración en la regla 402 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos que prescribe: “Todos los elementos de prueba relevantes son admisibles, salvo que se disponga lo contrario...”; de ese modo si el juez supone que la producción de la prueba ofrecida puede llegar a aportarle información útil para establecer la verdad de un hecho en litigio, debe admitir dicha prueba. Así a la hora de establecer los criterios de admisibilidad lo decisivo y prevalente es aquella idoneidad epistemológica, y no la libertad del legislador al consagrar aquellos. E incluso respecto a las reglas de exclusión y privilegios que impiden a las partes la presentación de ciertos medios de prueba, la opinión de Taruffo es: “en aras de la aplicación efectiva de los derechos procesales fundamentales, las situaciones en las que prevalezca un derecho de interés extrajudicial –afectando o incluso anulando el derecho a la prueba –deberían reducirse a unos pocos casos especialmente importantes: en general, sólo la protección de otro derecho constitucional o

³⁸⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 55.

fundamental más importante podría justificar –tras la debida consideración por parte del tribunal- que se sacrificara el derecho a la prueba”³⁸⁹.

14. La escasa significación de la ética en el proceso.

La teoría del derecho funcional al EDL postulaba una confianza en el derecho sin dimensiones o aperturas a otras realidades (política, economía, cultura, etc.), e incluía a una tajante separación con la moral (bilateralidad-unilateralidad, heteronomía-autonomía, cercibilidad-incoercibilidad), lo que se reforzaba con un rechazo desde la ciencia jurídica a perder de vista su propósito descriptivo y abrirse a preocupaciones teleológicas (Kelsen), y de todo ello resultaba que las explicaciones y propuestas de los juristas quedaban ceñidas a un ya señalado “insularismo” jurídico. Incluso en materia de derecho procesal ese juridicismo se potenciaba en base al carácter cerrado y detallado de los códigos procesales, que llegaba a postulaciones como la que Goldschmidt que el proceso “no tiene moralidad. La idoneidad que era requerida para ser juez se reducía al conocimiento de la ley (=derecho), dado que su tarea consistiría en aplicarla de una manera mecánica o silogística (*dura lex, sed lex*), de donde a mayor conocimiento jurídico mayores presunciones a favor de un excelente comportamiento profesional. Ya hemos dicho que la finalidad del proceso en el EDL era ejecutar la ley, y se concebía como un juego con un árbitro (el juez) que en definitiva consagraba el triunfo del contendiente más habilidoso para ejercer los medios procesales y sustantivos. Aunque pudiera haber reglas procesales que prohíben abusos o usos incorrectos o impropios de medios o instituciones procesales, se dejaba librado el cumplimiento de aquellas al impulso de las partes, y el juez difícilmente tomará en ese terreno iniciativas reñidas con su función y estricta imparcialidad, como lo revela la escasa jurisprudencia a ese respecto.

³⁸⁹ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 58.

14'. La dimensión ética del proceso y sus partes.

Una comprensión acabada de los fines que procuran el proceso y sus instituciones, conlleva la inquietud respectiva por un uso desviado o incorrecto de los medios que equivale al abuso “del” o en “el” proceso en el que pueden incurrir todos los involucrados en el mismo, sin excluir al juez. Es notoria la diferencia en ese punto de los sistemas del *civil law* al *common law*, pues aquí los abusos procesales son atribuidos a faltas éticas profesionales del abogado que alcanzan fuertes sanciones, y también los jueces –por ejemplo, los ingleses- cuentan y ejercen poder como para disponer la exclusión o la modificación de las demandas o de las excepciones y defensas que no resulten razonables o justificadas y que puedan perjudicar, obstaculizar o retardar el correcto desarrollo del proceso. Taruffo se ha encargado de señalar que “el tema del abuso del proceso está conociendo un período de desarrollos interesantes (...) La idea tradicional de que no existe una moralidad del proceso, y que por lo tanto cualquier comportamiento procesal es justo por el hecho de ser formalmente legítimo, ya no se puede sostener. Los criterios de moralidad procesal, de buena fe, de lealtad, de corrección, de *due process*, se hacen cada vez más importantes y se extienden cada vez a más áreas de la administración de justicia en países en los que no tenían relevancia hasta hace poco tiempo (...) la integridad moral de los abogados es la mejor protección contra los abusos del proceso”³⁹⁰. La pretensión de volver a unir derecho con la racionalidad –defendida con lucidez por Alexy³⁹¹- trae aparejado también en el proceso el rechazo de comportamientos irracionales o injustificados, de ahí que no pueda sorprender la identificación de comportamientos abusivos en materia de petición y producción de prueba (afectación a la privacidad, impedimento a la producción o al uso de cierta prueba, poner obstáculos a la identificación de prueba útil, revelación incompleta o distorsionada de prueba, etc.). Para evitar o desalentar los abusos procesales por supuesto que se requiere que el juez cuente con los poderes necesarios, pero también que él se implique en la esforzada y no simpática tarea de combatirlos. En íntima relación con esa preocupación, aparece la cuestión de las idoneidades o perfiles del juez, y aquí se torna evidente la necesidad de no quedarse con la mera idoneidad

³⁹⁰ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 333.

³⁹¹ Cfr. VIGO, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2006.

científica, sino ampliarlas hasta comprender las idoneidades prudenciales, psicológicas, físicas, gerenciales y éticas.

Conclusión.

En base a lo precedentemente señalado, queda claro que el EDC ha rehabilitado la importancia y decisividad que tienen los hechos en aras de un servicio de justicia al servicio de resoluciones equitativas, racionales, realistas y eficaces, que es en definitiva lo que busca el justiciable cuando pone su problema jurídico en manos de los jueces. No hay legitimación o justificación posible del Poder Judicial si los jueces no se preocupan y se esfuerzan por conocer la “verdad” de los hechos, y para ello no basta la buena intención ni la mera formación científica-jurídica, sino nuevas abordajes de la función judicial y significativas reformas institucionales; en definitiva, se trata de generar una nueva cultura jurídica distante de los normativismos, formalismos y juridicismos que caracterizan a la decimonónica cultura jurídica aún vigente en buena medida en nuestras Facultades de Derecho a nivel del grado.