

APORÍAS RESPECTO AL CONTROL JUDICIAL DEL ESTADO

NICOLÁS DIANA

Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de José C. Paz.

SUMARIO: I. Pensar. II. La acción judicial como fin en sí mismo. III. La conjetura. IV. La refutación. V. Sobre la presunción de inconstitucionalidad de las normas. VI. A modo de colofón provisional.

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

BENJAMÍN CARDOZO, *The growth of the Law*¹.

I. PENSAR²

Pensar en el Estado de Derecho significa, en algún modo, imaginarse la existencia formal y vigencia sustancial del principio de división de poderes³,

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

2 No se pretende con el presente agotar la temática relacionada al control judicial del Estado. Para ello, recomendamos, entre otros: MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, T. I/II, Depalma, Buenos Aires, 1984; SESÍN, DOMINGO, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Depalma Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004; COVIELLO, PEDRO J. J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Cuestiones del contencioso administrativo*, VII Jornadas Hispano Argentinas de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

3 En tal sentido, la Carta Democrática Interamericana, en su artículo 3, establece que: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos

mediante el cual el poder controla al poder, evitando los abusos *naturales* que su ejercicio lleva al hombre a su corrupción –que integra estas instituciones del poder– por cuanto, si el poder corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente.

Pensar en el Estado de Derecho (o en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho) significa, lamentablemente, ilusionarnos con la vigencia de tales controles formales, cargando al Poder Ejecutivo de las grandes y graves causas endémicas que llevan, para el caso argentino, a la ausencia –desde el imaginario colectivo– de control alguno y, con ello, a un Estado anómico.

En lenguaje llano, la problemática que encierra el control del sector público (de la actividad administrativa) se sujeta a distintos factores, presupuestos y condiciones tan bien desarrollados, para el caso argentino, por AGUSTÍN A. GORDILLO⁴, CARLOS S. NINO⁵ y HÉCTOR A. MAIRAL⁶, entre otros autores argentinos, y que tiene al Poder Judicial como actor necesario (activo o pasivo).

El Poder Judicial tiene la responsabilidad política de controlar el ejercicio de la actividad administrativa y también legislativa como presupuestos del Estado de Derecho.

¿Goza la República Argentina de salud institucional para llevar adelante tales controles por intermedio de su Poder Judicial en el orden federal? ¿Y qué sucede respecto de las provincias?

Ambas preguntas, *a priori*, no pueden ser contestadas sin caer en el error de considerar la realidad como aquella situación particular (porción) divulgada en forma retaceada por distintos medios o canales de información, y que sólo interesa a la opinión pública cuando conforma un producto que pueda ser comercializado o consumido, por provocar un interés o dejar traslucir una necesidad. Así, tenemos agendas mediáticas que no necesariamente conforman las agendas públicas, pero que las determinan porque condicionan el ejercicio del poder y el proceso de toma de decisión, y la conformación, por ejemplo, de las políticas públicas⁷. Cuanto mayor es la respuesta a los temas impuestos por la agenda de

humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

4 GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico*, reimpr., Cívitas, Madrid, 1997; publicado también en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. VI, *El método en derecho – La administración paralela*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2012.

5 NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, 3ª ed., Ariel, Buenos Aires, 2005.

6 MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Cuadernos de la RPA, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2007.

7 Ver el desarrollo sobre las influencias de los grupos de poder en la conformación de las

los medios⁸ y los sitios masivos de debate social por Internet, mayor será la propensión marginal a darle consenso a la solución esperada o forzada, aun cuando la respuesta no necesariamente sea justa o ajustada a derecho.

Esa respuesta, muchas veces *espástica*, es una modalidad, no la única, en la que se consigue justicia y que en el marco de una causa penal se traduce en “... la absolución o condena de un procesado pero en el estrado judicial sino en el virtual donde hoy se construyen los grandes consensos políticos, jurídicos, económicos y sociales. Es la ‘democratización’ absoluta de la Administración de Justicia: la formación de multitudinarios jurados vociferantes que, sin haber asistido al juicio y sin tener otra información que la que le han querido facilitar los periódicos, dictan su propia sentencia. El peso de esos jurados de masas es enorme aunque no se mencionen en las leyes de procedimiento. Pero conste que de ordinario estos procesos no son desarrollados directamente ‘por las masas’ sino ‘para las masas’, es decir, que se montan por las cadenas de televisión que aseguran el seguimiento por millones de espectadores (...) Los periodistas dirigen los procesos por su cuenta: descalifican ciertos testigos, reclaman la presencia de otros, valoran a su aire las pruebas periciales, magnifican detalles intrascendentes o pasan por alto los más relevantes. Ellos son los que instruyen y los que sentencian”⁹.

Frente al proceso contencioso administrativo, la situación no difiere demasiado frente a la presión mediática y social. Empero, si consideramos que todo juicio contra el Estado en el que se cuestionan actos que hacen a la agenda política del Gobierno, la influencia de los medios resulta más perniciosa, “porque entonces las manipulaciones son constantes, los valores están sesgados con las peores intenciones y cada acto del juez y cada gesto del tribunal son examinados con lupa desenfocada (...) Quien está indefenso aquí es el mismo juez”¹⁰.

II. LA ACCIÓN JUDICIAL COMO FIN EN SÍ MISMO

Crónica y especialmente, cada dos o cuatro años, en vísperas de alternancias políticas y elecciones¹¹, afloran el inicio y prosecución de acciones judiciales

agendas estatales en: FERNÁNDEZ ARROYO, NICOLÁS y otros, *Planificación de políticas, programas y proyectos sociales*, Fundación CIPPEC-UNICEF, Buenos Aires, 2012, disponible en:

http://www.unicef.org/argentina/spanish/cippec_uni_planificacion.pdf.

8 Al decir de NIETO, “La situación de la Administración de Justicia se complica por la molesta presencia de los medios de comunicación social que, quiérase o no, influyen en la marcha de los procesos y en las resoluciones judiciales. La Justicia ama la tranquilidad y el sosiego, que los *media* perturban gravemente, y en el mundo todo se altera” (NIETO, ALEJANDRO, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2010, p. 136).

9 *Ibíd.*, p. 137.

10 *Ídem.*

11 También en los crónicos y brutales giros y crisis económicos que la Argentina viene padeciendo durante toda su historia moderna. Así, las sentencias “de la CSJN que satisfacen al gobierno preocupan exponencialmente, en sentido opuesto, a la sociedad” (GORDILLO, AGUSTÍN,

destinadas, en otros momentos y circunstancias ordinarios, a ser desestimadas por cuestiones formales, pero que –llamativamente– son tramitadas de ordinario, más por el peso de quienes las firman, y por integrar la agenda mediática que responde más de las veces, a los intereses de aquellos que pugnan por llegar al poder, dentro de la fase agónica de la política. No se critica, aclárese, que este tipo de acciones judiciales existan. Todo lo contrario.

El problema, a nuestro entender, radica en la recepción que se les da a estas demandas judiciales, sin hacerlas pasar por el mismo tamiz que cualquier otro particular tiene cuando acciona contra el Estado. Y aquí, el principio de igualdad ante la ley no juega para todos del mismo modo¹². Quien gana los juicios sigue siendo quien tiene el mejor abogado¹³, pero también aquél que tiene más empatía con el tribunal que se trate o del propio tribunal frente a la causa judicial en sí misma con autonomía de las partes en litigio.

La situación se agrava con el *carnaval de medidas cautelares* –muchas de ellas contradictorias y en distintas jurisdicciones– con las que todos los gobiernos se enfrentan recurrentemente y sin distinción de banderías o ideologías, cada vez que una decisión política atraviesa la agenda mediática o toca intereses que van más allá de lo jurídico¹⁴.

En los procesos judiciales “que interesan a la prensa –los políticos y los morbosos en todo caso–, sean penales o civiles, la atmósfera está agitada, los

“¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?”, *LL*, 2005-A, 905).

12 El abogado que ha tenido que iniciar una demanda contra el Estado, por ejemplo, vinculada a cuestiones de irrelevancia mediática (v. gr. la impugnación judicial a una recategorización en el marco de una relación empleo público, falta de pago en un contrato de suministro, etc.) podrá empíricamente constatar o no, si esta afirmación se corresponde parcial o totalmente con la realidad.

13 NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, p. 46.

14 Obviamente, reconociéndose períodos de lunas de miel. Un fenómeno que afloró en los últimos años es la cantidad de acciones penales iniciadas contra funcionarios y ex funcionarios, cuyos resultados concretos se vislumbran con muchos años de dilación. Esto afecta el afianzamiento de la Justicia, sea por la inexistencia condenas efectivas por violación de los deberes u otros delitos contra la Administración Pública. En tal sentido, el sistema penal se presenta doblemente imperfecto, porque “[n]o logra frenar los abusos pero trata con crueldad al inocente y con lenidad al culpable. Si bien ambos son igualmente hostigados por el sistema, por lo general ninguno de los dos es finalmente sancionado. El hostigamiento es castigo excesivo para el honesto e insuficiente para el culpable. Cabe preguntarse si no sería del caso establecer pautas más estrictas para habilitar la persecución penal de los funcionarios públicos. La mera existencia de un perjuicio fiscal no debiera ser suficiente al efecto. Tampoco se debería procesar por el delito de violación de deberes del funcionario público cuando la validez de la conducta del funcionario es dudosa y no existe clara evidencia de dolo. De lo contrario, proliferan las causas penales de neto contenido político, que es una de las razones por las cuales la justicia no puede avanzar con mayor rapidez en los casos en que

ánimos apasionados, el juez no puede conservar la serenidad ni hay secreto, y hasta los menores gestos e imaginadas intenciones están bajo sospecha. Son, en definitiva, *causas contaminadas* que agravan la situación de la Administración de Justicia”¹⁵.

Al mismo tiempo se vislumbra otro fenómeno que hace a la práctica judicial, pero también a la forense en general, la dogmatización del Derecho y de la Justicia. El mantenimiento –a lo que agregamos, reproducción– de conceptos básicos adoptados como *dogmas*, “sin abrirse la posibilidad del disenso y al debate reflexivo, ha conducido a la doctrina especializada en Argentina a la reiteración de instituciones tradicionales que sirven de eje a un sistema consolidado durante siglos. Cuando se pretende invitar a la reflexión, hay estudiosos de la disciplina que se agravan en la formulación de una propuesta diferente señalando que ésta adolece de un pecado imperdonable cual es negar toda posibilidad de que el Estado ostente determinadas prerrogativas que le permitan una posición de cierta preeminencia en orden a la consecución del bien común”¹⁶.

Como abogados nos enamoramos de las soluciones mágicas que nos proporcionan los grandes principios del Derecho, pero también –y lamentablemente– de los formulismos fríos que la estructura abierta de ciertas doctrinas herméticas, que hacen del ejercicio profesional y de la magistratura judicial una verdadera religión civil. En esta religión jurídica, los hechos y la realidad quedan en un plano secundario, y se confunden con verdades reveladas (verdaderos sofismas¹⁷) que nos hacen como abogados, pero principalmente, como ciudadanos, perder la fe en el Estado de Derecho y en nosotros como sociedad.

En un sentido general y abstracto, la Justicia de una sociedad puede depender, en algunos casos judiciales, “de que se satisfaga varios principios distintos. Estos principios, aunque individualmente obligatorios (...) pueden producir resultados sorprendentes cuando todos se combinan. Esto es, uno puede sorprenderse ante las, y sólo las, formas institucionales que satisfacen todos los principios (...)

sí hay pruebas de cohecho. Perder tiempo investigando a los honestos es una de las maneras de no tener tiempo para investigar a los corruptos” (MAIRAL, *Las raíces legales...*, op. cit., p. 45).

Recordar vale, la afectación del derecho de defensa y del principio de inocencia (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional) frente a denuncias, muchas veces, sin fundamento ni pruebas, con claros intereses políticos y que dispersan la labor de jueces penales, pero también y principalmente, desvirtúan la función judicial. “La llamada pena de quiosco es implacable y contra ella no hay defensa pública como la que tiene lugar en un proceso judicial” (NIETO, *El malestar...*, op. cit., p. 139).

15 NIETO, *El malestar...*, op. cit., p. 139.

16 D'ARGENIO, INÉS, *La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012, ps. 227-228.

17 Nos tomamos la licencia de confundir un sofisma con una verdad, del mismo modo que se confunde el Derecho con la Justicia.

O quizá sea un solo principio que debe decretarse en general, y lo que las cosas parecen cuando se hace esto es muy sorprendente al principio”¹⁸.

Así, “cuanto más aprendemos sobre el derecho, más nos convencemos de que nada importante sobre él es del todo indiscutible”¹⁹.

No queremos caer en el error técnico de pretender inducir para futuros casos, en materia de control judicial, reglas generales a partir de anteriores casos particulares (empirismo)²⁰. El pensamiento dogmático, tan arraigado en nuestra disciplina, goza de muy buena salud. La experiencia, según OSCAR WILDE, es el nombre que cada cual da a sus errores²¹ en la superación de nuestras propias conjeturas y refutaciones frente a los problemas a los que la teoría y la práctica del Derecho Administrativo nos enfrenta. Y la experiencia en el camino solo se realiza caminando.

III. LA CONJETURA

He aquí el planteo que nos interesa formular en cuanto entendemos como hipótesis de trabajo, con ánimo de ser refutados y criticados, que: *el (des)control judicial de la actividad administrativa se ve en alguna medida favorecida o abonada, sea por acción u omisión, por el propio Poder Judicial.*

La ausencia de parámetros concretos de la revisión judicial, como también de acceso a la jurisdicción²², fomenta no sólo la corrupción administrativa sino también el desgaste y descreimiento social sobre el funcionamiento de nuestros tribunales y de todas las instituciones en general.

La existencia de una Justicia comprometida políticamente, no neutral²³, no significa vulneración alguna de las potestades de los otros poderes del Estado,

18 NOZICK, ROBERT (trad. ROLANDO TAMAYO), *Anarquía, Estado y utopía*, 1ª ed., 1ª reimp. en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 203.

19 DWORKIN, RONALD (trad. CLAUDIA FERRARI), *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, 2ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2005, p. 21.

20 GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. I: Parte General, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2013, Cap. I-45.

21 POPPER, KARL R. (trad. NÉSTOR MIGUEZ), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 4ª ed., Paidós, Barcelona, 2008, p. 12.

22 La necesidad de un Código Contencioso Administrativo en el orden federal, es casi innecesaria recordarla.

23 Evitamos utilizar el término ideología, aunque es inevitable hacerlo. Como se ha señalado, todo juez es un actor ideológico. Incluso el juez que se empeña en guardar fidelidad a la retórica de la neutralidad es un actor ideológico, en tanto desarrolla una solución y luego la justifica en un lenguaje jurídico que también es un lenguaje ideológico, indefectiblemente. La retórica de la neutralidad se mantiene porque queremos creer que ella es cierta (Cfr. RODRÍGUEZ, CÉSAR, “Estudio preliminar”, en DUNCAN, KENNEDY, *Libertad y Restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Bogotá, 1999, p. 77 y ss.).

cuando el estándar de intervención y revisión judicial es suficientemente estricto en cuanto al rol plenario de la magistratura.

La propensión marginal a violar la ley por parte de los particulares y los funcionarios se ve condicionada con el grado y el alcance del control y revisión judicial²⁴, el tiempo y los incentivos para cumplir con determinada obligación legal o constitucional. También con el respeto a la independencia, imparcialidad e idoneidad que deben caracterizar el funcionamiento del Poder Judicial²⁵.

IV. LA REFUTACIÓN

Un juez es independiente si toma sus decisiones basado solamente en el caso, sin estar influido por consideraciones particulares relativas a las partes que no resulten relevantes para el asunto concreto, y si lo hace libre de consideraciones relacionadas con su propio interés o con intereses de la persona o cuerpo que lo nombró²⁶.

Ahora bien, ¿cómo afecta la ideología en una decisión judicial? ¿Carecen los jueces de ideología?

Las ideologías son incoherentes, ambiguas, llenas de lagunas, al igual que todo ordenamiento jurídico. Ideología y Derecho coinciden en el mismo tipo de

24 Cabe tener presente, al respecto, que la actuación judicial en el Contencioso Administrativo, “no es restringidamente revisora, [sino que] es la misma que ejerce cualquier juez frente a una pretensión procesal. Ni la justicia actúa como tribunal de apelación, ni se encuentra limitada por lo decidido en sede administrativa cuyos órganos no ejercitan función jurisdiccional alguna” (REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 4.). Aunque sí se encuentra limitada a la pretensión y las defensas esgrimidas por las partes en el proceso que se trate, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de declaración de inconstitucionalidad de oficio (arg. Fallos: 324:3219; 327:3117).

25 Se ha señalado que: “En varios países de la región han aumentado los casos de acoso y presión a la justicia, en especial por parte del poder Ejecutivo. Cada vez más gobiernos presionan o se quejan públicamente de fallos de tribunales que consideran que no están en consonancia con su agenda política o visión ideológica. En otros casos, ha habido intentos directos de controlar el Poder Judicial al poblarlo con jueces simpatizantes o directamente militantes del oficialismo. Sobra argumentar por qué esta tendencia a tratar de eliminar gradualmente la independencia de los poderes del Estado representa un peligro mismo a la democracia” (*La calidad de las democracias en América Latina: Informe para IDEA Internacional*, Costa Rica, 2014, p. 20).

26 MACDONALD, RODERICK A. y HOI KONG, “Judicial Independence as a constitutional virtue”, en ROSENFELD, MICHEL y ANDRÁS SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 832, citado por en el voto concurrente del juez EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador”, 23/08/13. Ver también: GORDILLO, AGUSTÍN, “The status of the judge: independence and impartiality,” en *Revista Europea de Derecho Administrativo*, Vol. 24-1, Esperia Publications Ltd, 2012, disponible en: <http://www.gordillo.com/articulos/art6.pdf>.

trabajo interpretativo requerido cuando se trata de decidir frente a una circunstancia dada²⁷.

En la práctica, la ideología contamina y define, coetáneamente, toda decisión judicial frente a un planteo de nulidad o revisión de una decisión política de los otros poderes del Estado, las que –casi como una verdad de Perogrullo– también tienen *naturalmente* su propia carga ideológica que no necesariamente coincide o debería coincidir con la correspondiente al magistrado que interviene.

Como se ha memorado, “dado que tanto magistrados judiciales como funcionarios administrativos son seres humanos, es obvio e inevitable que sus respectivas creencias, sensibilidades, personalidades y orientaciones jurídico-políticas hayan de influir sus pronunciamientos y que ellos hayan de ser influenciados a su vez por las circunstancias y el tiempo en que les toca desarrollar su función. P. ej., quienes tengan una formación de derecho administrativo que ponga más énfasis en la autoridad, encontrarán campo más propicio para el desenvolvimiento y aplicación de sus convicciones en gobiernos autoritarios. A la inversa, quienes tengan una formación con mayor énfasis en la protección de la libertad individual frente a la administración, encontrarán ámbitos más naturales para el desarrollo de sus principios en gobiernos democráticos y les será más difícil hacerlo en gobiernos autoritarios. El medio ambiente político ayuda al control, si es democrático”²⁸.

Es en el medio ambiente político donde la ideología se desarrolla y queda por demás expuesta en el cálculo racionalista ante decisiones judiciales en casos de relevancia institucional (política, social) o económica que podemos definir como *complejos*.

En los casos complejos, la suma entre la ideología del órgano judicial (de las personas humanas que los componen, es claro) que no necesariamente puede corresponder a una orientación política determinada (sino, por ejemplo, a otros intereses que delinear esa orientación), y la ideología más o menos explícita del autor del acto o la conducta cuestionada judicialmente y/o de la adscripción política del gobierno que se trate, puede dar distintos resultados que van desde la neutralidad y la oposición absolutas frente a una misma contienda jurídica, o bien la complacencia frente a la coincidencia ideológica por parte del magistrado que intervenga²⁹.

En el caso de neutralidad dudosa o absoluta, el resultado (sentencia) puede ser tanto la validez como la invalidez del acto cuestionado. En los casos de

27 Cfr. KENNEDY, DUNCAN, “Political ideology and comparative law,” en BUSSANI, MAURO y UGO MATTEI, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 41.

28 GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. IV, La defensa del usuario y del administrado, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2014, cap. XV-10.

29 Así, por ejemplo, respecto del caso español se ha expresado que: “No es noticia que un magistrado socialista o popular vote en una sentencia a favor de los intereses del partido de su

oposición absoluta, existe una alta probabilidad de un resultado adverso en contra del acto cuestionado. Finalmente, ante la coincidencia ideológica plena, existe una alta probabilidad de un resultado favorable en cuanto a la validez del acto impugnado. Esto es tan sólo una proyección que juega con las probabilidades. Es evidente que la sola pertenencia o simpatía ideológica de la judicatura no es un presupuesto, por sí sola, de las tendencias indicadas, las que se ven afectadas por otros factores exógenos y endógenos a la causa judicial, sumados al humor social que potencia o debilita el interés judicial en resolver de uno u otro modo las cuestiones planteadas en un caso contencioso.

Simplificar cualquier análisis sobre el alcance del control judicial de la actividad administrativa o legislativa, en especial en lo que respecta al control de constitucionalidad, en base únicamente a la cuestión ideológica es, como mínimo, irrespetuoso e ignorante de la vocación (ideal) por la justicia que tiene que tener todo juez para preciarse de ser tal³⁰; por otro lado, omite el conjunto de ficciones (más o menos útiles) sobre las cuales se asienta el sistema de creencias de toda sociedad en sus instituciones³¹. Las instituciones “son ideas necesarias en un sistema democrático pero son hombres los que las integran, y de nosotros es mejor desconfiar, más si asumimos el manejo de intereses que son de todos”³².

De lo que se trata es de desnudar el funcionamiento judicial dejando de lado la imagen de superhombres de los jueces frente al resto de la sociedad. También haciendo público quiénes son y desde qué lugar de pertenencia (académica, política, cultural, social, económica) determinadas personas son elegidas jueces y ejercen la magistratura judicial³³. Se ha afirmado –y compartimos– que la

hierro; mientras que ocupan las portadas de los periódicos las votaciones de excepción. No soy yo, por tanto, quien acusa a los jueces de politizados sino los propios políticos a la hora de nombrarlos, y mis afirmaciones se apoyan en unas prácticas absolutamente generalizadas y estadísticamente incontestables” (NIETO, *El malestar...*, op. cit., p. 145).

30 El decidirse a hacer justicia es una cuestión rigurosamente personal de cada juez (NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Trotta, Madrid, 2002, p. 247).

31 Esperamos que alguien resuelva el problema, pero no como si se tratara del teorema de PIERRE DE FERMAT que dejó en vilo a las matemáticas hasta el año 1994 cuando ANDREW WILES pudo resolver una conjetura matemática planteada hacia 1630 (ver VIOLANT I HOLZ, ALBERT, *El enigma de Fermat. Tres siglos de desafío a la matemática*, RBA, Navarra, 2011). Vale aclarar que FERMAT, además de matemático, fue un destacado abogado.

32 KODELIA, GONZALO S., “La Corte Suprema como poder político y el control de constitucionalidad por oficio,” *JA*, 2005-III-450.

33 En tal sentido, el Decreto 222/2003 marcó un paso por demás relevante en cuanto al ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con autonomía de tratarse de un procedimiento transparente y abierto a la comunidad, el artículo 5, establece que: “Las personas incluidas en la publicación que establece el artículo anterior deberán presentar una declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de

“dogmáticamente pregonada –independencia del Poder Judicial– no va a lograrse desideologizando y/o despotizando el proceso de selección de magistrados –dado que no hay forma de pretender algo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología– sino al contrario, explicitando y transparentando las posiciones políticas, y aceptando el pluralismo ideológico que debe existir en todos los poderes del Estado, incluso en el Poder Judicial”³⁴.

Debe haber un balance que garantice la transparencia y también la independencia judicial, evitando contaminaciones mutuas innecesarias. Esto así, porque cuando hablamos de independencia judicial, lo que hacemos “es ordinariamente hablar de política, porque los jueces pierden aquella cuando se dejan contaminar por ésta”³⁵.

Si nuestra hipótesis de trabajo se fundara exclusivamente en que el (des) control judicial de la actividad administrativa se ve favorecida o abonada por el propio Poder Judicial, una respuesta válida al planteo sería que aquella no es ni podría ser su única causa. Pero tampoco contamos con información suficiente que nos permita corroborar esta hipótesis, al menos no hoy. Sí podemos afirmar que la ausencia de transparencia en saber quiénes ocupan las poltronas del Poder Judicial, y la obsesión hipócrita de ocultar la ideología no hace más que agravar la crisis en el sistema de creencias sobre el dicho poder del Estado.

Reconocer las limitaciones del Poder Judicial en la revisión de los actos emanados de los otros poderes del Estado nos ayudará a tener un mejor y más democrático Estado de Derecho. La responsabilidad, por tanto, es compartida por todos los operadores jurídicos, pero la inexistencia de criterios más o menos definidos sobre el alcance de dicha revisión favorece –cuando no, potencia al máximo– la arbitrariedad judicial, a favor o en contra del gobierno de turno o de decisiones adoptadas por otras autoridades administrativas independientes (v. gr. universidades nacionales, por caso).

Las restricciones formales al acceso a la jurisdicción o al alcance de la revisión judicial de la actividad de los otros poderes del Estado ocultan,

su cónyuge y/o los del conviviente, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal, y los de sus hijos menores, en los términos y condiciones que establece el artículo 6 de la Ley de Ética de la Función Pública N° 25.188 y su reglamentación. Deberán adjuntar otra declaración en la que incluirán la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado en los últimos OCHO (8) años, los estudios de abogados a los que pertenecieron o pertenecen, la nómina de clientes o contratistas de por lo menos los últimos OCHO (8) años, en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes, y en general, cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, actividades de su cónyuge, de sus ascendientes y de sus descendientes en primer grado, ello con la finalidad de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses”.

34 THEA, FEDERICO, “La elección de jueces constitucionales’ en las democracias actuales”, en *Pensar en Derecho*, N° 4, Año 3, Eudeba, Buenos Aires, 2014, ps. 347-348.

35 NIETO, *El malestar...*, op. cit., p. 142.

lamentablemente, decisiones muchas veces adoptadas más allá de lo jurídico en las que el argumento dogmático de la sentencia, en un sistema jurídico que no funciona únicamente con sustento en la fuerza del precedente judicial, constituyen un fin en sí mismo.

La creencia del ciudadano en el sistema de administración de justicia se ve, en tales supuestos, sepultada en repertorios de jurisprudencia en los cuales los hechos del caso son meras reseñas formales de una realidad a ciegas. Todo ello coadyuva a la pérdida de confianza de la sociedad hacia y dentro del propio Poder Judicial. Es evidente que existen decisiones judiciales que no son simpáticas para las partes y la comunidad³⁶. Y es en estos casos donde el deber de fundamentación no puede quedar satisfecho con un mero cliché.

La sola invocación del argumento de autoridad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación plasmado en sus sentencias no alcanza para limitar el alcance del control judicial por esa misma magistratura y los tribunales inferiores. Sea para fundar, por caso, que la misión más delicada de la Justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes, reconociéndose el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público³⁷, O bien cuando se aclara, también, que el control jurisdiccional de los actos administrativos se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva, arbitraria, pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos que no presenten aquellos vicios. La competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva³⁸.

En resumen, para comprender el proceso contencioso es necesario recordar que el control judicial del Estado fue sumamente limitado, con límites y escollos que BALBÍN ha descripto sintéticamente del siguiente modo:

“... a) el acceso restrictivo de las personas toda vez que, en principio, sólo puede recurrir judicialmente quien sea titular de derechos subjetivos acreditándose, además, daños diferenciados; b) las restricciones por el objeto controvertido, esto es, ciertas materias no pueden ser revisadas por los jueces (...) por último, c) las cortapisas procesales, entre ellas, las condiciones de admisibilidad de las acciones, es decir, el agotamiento de las vías administrativas y el cumplimiento del

36 La justicia de una decisión judicial no será nunca compartida por toda la comunidad, ya que sumado al interés de las partes en el proceso, “existe la justicia de quien defiende el derecho de propiedad para condenar al ladrón y la justicia de quien defiende el derecho a la vida para defender al ratero” (NIETO, *Balada...*, op. cit., p. 252).

37 Fallos: 155:248; 241:291, votos de los jueces ARISTÓBULO D., ARÁOZ DE LAMADRID y JULIO OYHANARTE; 272:231; 308:2268, entre otros.

38 Fallos: 304:721; 327:548; 335:770, entre muchos otros.

plazo de caducidad (entendiéndose por este último, el término breve y obligatorio en que las personas deben iniciar las acciones judiciales contra el Estado)”³⁹.

V. SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS⁴⁰

Un aspecto central en el rol del Poder Judicial es el alcance del control de constitucionalidad de las decisiones de los otros poderes del Estado. Si existe una función política fundamental por parte del Poder Judicial, el control de constitucionalidad lo es, y el Máximo Tribunal Federal se constituye en el árbitro final de todas las decisiones de los otros poderes, lo que lo lleva, en ciertas circunstancias, a un nivel de exposición mayor que aquellos, pese a ser el menos democrático de los poderes constituidos. Es en el instituto del control de constitucionalidad donde quizás existen los mayores riesgos de contaminación política y de otros grupos de poder extra Estado⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “entre nosotros, rige el sistema de control judicial, que es difuso, en tanto tal custodia está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces: Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella”⁴².

Señalando, desde siempre, que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico⁴³. Por ello, según su pacífica jurisprudencia, resulta inconveniente –y aún más perjudicial– en principio, pretender que esa declaración aparezca como provisoria y dictada luego de un ligero examen de la cuestión, pues compete al Poder Judicial el saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones⁴⁴.

39 BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 9-10.

40 Seguimos en gran medida en este título, lo expresado hace un tiempo atrás en DIANA, NICOLÁS, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, *LL*, Suplemento Actualidad, 26-II-08, p. 1 y ss.

41 Al ser el control de constitucionalidad difuso en nuestro país, la contaminación política se dispersa o se puede dispersar, en la atomización de nuestro sistema judicial. Para el caso español, se ha señalado que la contaminación política de la Justicia opera en estado puro en las actuaciones del Tribunal Constitucional (NIETO, *El malestar...*, op. cit., p. 155).

42 Fallos: 33:162; 267:215.

43 Fallos: 149:51; 300:241, 1087; 288:325; 290:83; 292:190; 294:383; 302:457, 484; entre otros.

44 Fallos: 155:348; 311:2580.

Recordar vale que el control de inconstitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador⁴⁵. Examen que recae sobre la sociedad en su conjunto, y sólo sobre los jueces cuando la vulneración constitucional realmente sea tal y no un cliché de pseudoactivismo judicial.

En especial a partir de la década del 90, la Argentina ha atravesado por un fenómeno interesante: la inversión del principio de la presunción de constitucionalidad de las normas. Esto es así por muchas causas, tanto políticas como históricas, culturales y sociales, pero en particular, gracias a la conjunción y a la influencia que los medios de comunicación y los operadores jurídicos poseen en la (de)formación del imaginario colectivo, y la idea sobre el poder y la democracia.

Es común –y a diario lo vemos, leemos y escuchamos– que, a los ojos de la sociedad argentina y de los medios periodísticos, todo lo que proviene del Estado (en sentido lato) es criticable, censurable y con sospechas de corrupción, a la par de señalarse con gran soltura su *anticonstitucionalidad*.

Cierto es que los políticos argentinos han contribuido a esta idea arraigada en el ciudadano medio. También lo es que los abogados, en general, cargamos con parte de esta culpa también.

La responsabilidad es compartida por todos los operadores jurídicos. Basta para ello, y como hemos indicado en el presente, apreciar los abusos en el inicio de determinadas acciones judiciales (amparos, cautelares autónomas o no, supuestas *autosatisfactivas*, declarativas de certeza, declarativas de inconstitucionalidad, etc.) que el sistema judicial padece a diario y que colapsan cíclicamente los tribunales de todo el país, aun cuando se sepa desde un principio, el escaso o nulo éxito que finalmente se pueda obtener al respecto. No incluimos aquí los casos en los cuales la única opción que le queda al ciudadano es acudir a la Justicia como última esperanza para un poder político que a veces es ciego, sordo y mudo a las demandas sociales y a la realidad⁴⁶. Allí no hay aventura judicial, sino desventura social.

Tal como se ha referido alguna vez, el inicio de cualquier acción judicial traduce el fracaso del Derecho como medio o técnica de control social, ya que todo pleito es una derrota en sí mismo, incluso cuando en él se alcance la máxima justicia posible y aun cuando el proceso se desarrolle con la mayor economía y celeridad posibles⁴⁷.

Cuando de la presunción de constitucionalidad de las normas hablamos, aludimos a una ficción que colabora en la seguridad jurídica y en la *pax social*.

45 Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631, entre otros.

46 Ver al respecto y en especial: GORDILLO, AGUSTÍN, “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional”, *LL*, 1995-E, 988.

47 GUGLIELMINO, OSVALDO C., “Medidas cautelares contra la Administración”, *Actualidad en el Derecho Público*, N° 13, Buenos Aires, 2000, p. 79 y ss.

De lo contrario entraríamos en la vorágine del cuestionamiento permanente de todo el sistema jurídico (que si bien nos parece positiva como mero ejercicio teórico), no colaboraría en su estabilidad para el caso argentino, sino en su constante crisis que se reflejaría en un proceso sin solución de continuidad.

Desenmascarar al Derecho en general, y al Derecho Administrativo en particular, “no implica desconocer la importancia de otra de sus funciones –la paz social–, ya que es indudable que, aunque sea el precio de justificar el poder de los dominantes, contribuye eficazmente a la estabilización de la sociedad. Las leyes son las reglas del juego de una *lucha social pacífica*. Conociendo estas reglas, y aceptándolas, pueden los individuos arreglar sus diferencias sin necesidad de acudir a la violencia”⁴⁸.

Los argentinos estamos acostumbrados a criticar al otro, especialmente al Estado, olvidando que formamos parte de él. Pretendemos una Justicia del primer mundo, siempre que la sentencia que finalmente se dicte no sea en contra de nuestros intereses o el de nuestros clientes. Ni hablar de parte de la doctrina que escribe a favor de determinados intereses sectarios, olvidando su responsabilidad al tiempo de (de)formar opinión. Extremo que no sería cuestionable si quienes escriben lo hicieran aclarándole al lector desde qué lugar lo hacen.

La lista puede seguir sin pausa, y se vincula con un estado de anomia permanente al cual los operadores jurídicos y los medios de comunicación han contribuido –en mayor o menor medida– a su crecimiento y conformación⁴⁹. El sistema (o subsistema) jurídico ha perdido desde hace años la posibilidad de regenerarse y contestar eficientemente las demandas que los tiempos actuales le generan diariamente (*autopoiesis*)⁵⁰; pero también, desde los medios y la doctrina, se reclama de la democracia argentina respuestas en tiempos que, las más de las veces, no

48 NIETO, *Balada...*, op. cit., p. 40.

49 Ver, en tal sentido, para el caso argentino, el análisis efectuado en NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, 3ª ed., Ariel, Buenos Aires, 2005; y de interés para Latinoamérica en general y México en particular, GIROLA, LIDIA, *Anomia e individualismo: Del diagnóstico de la modernidad de Durkheim al pensamiento contemporáneo*, Anthropos, Barcelona, 2005. La anomia no es otra cosa que la anemia de normas. Asimismo, recomendamos ver: GARCÍA, JUAN AGUSTÍN, *La ciudad Indiana*, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1900; HUTCHINSON, CINTHYA, “La administración paralela en un país al margen de la ley,” en GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. VI, *El método en derecho - La administración paralela*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2012, Anexo II.

50 La *autopoiesis* es la capacidad de un sistema de reproducirse a sí mismo (*poiesis* = gr. Producir). Se trata de una propiedad inherente a las células y a los seres vivos en general. Los sistemas *autopoieticos* son simultáneamente productores y productos por lo que podríamos denominar sistemas circulares, es decir, funcionan en término de productividad circular (Ver LUHMANN, NIKLAS, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento*, Anthropos UIA/ITESO, México, 1997).

son los tiempos que implica un debate parlamentario serio y concienzudo, o del análisis de un caso judicial.

Es así que lo que está en crisis en la Argentina, desde hace años, no es el Derecho sino la democracia.

La democracia, como tal, es un concepto nuevo para nosotros y nuestros juristas quienes han vivido, padecido y realizado su lucha por el derecho en un escenario plagado de rupturas sociales, económicas y políticas, donde el valor de nuestras instituciones y, en particular, de la Constitución misma ha pasado a estar en un segundo plano, frente a administraciones de jure y usurpadoras que han destronado sin mayores inconvenientes la supremacía de la Ley Fundamental, por la supremacía del interés particular⁵¹.

El pacto formal o ficcional de toda nación, en la República Argentina, ha estado ausente durante muchos años, siendo que la mayoría que accedió al poder –sea por las vías institucionales o violándolas– ha optado por no pensar en consolidar la unión nacional ni afianzar la justicia⁵², sino por caprichos efímeros de la cultura al vacío político e institucional.

La Revolución Francesa introdujo en el pensamiento político occidental dos principios capitales: el principio de la legalidad de la acción de los poderes públicos y, en segundo lugar, el principio de la libertad⁵³, ambos interrelacionados en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ambos juegan un rol esencial en la democracia, de los jueces y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno⁵⁴.

La presunción de inconstitucionalidad de las normas no puede ser la regla en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como tampoco la impunidad en el ejercicio del poder. La regla parte de una responsabilidad compartida por todos para encausar nuestra actividad hacia el mejoramiento del Derecho

51 Para el caso español y también, respecto de la evolución del Derecho Administrativo en general, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1979. Para el caso argentino, ver la síntesis efectuada en: MARIO REJTMAN FARAH, “¿Un derecho administrativo en retirada?”, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2013, p. 251 y ss., disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>.

52 Ver TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 301 y ss.

53 Ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

54 GARCÍA DE ENTERRÍA, y TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 9ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 571.

Administrativo, del funcionamiento de sus instituciones y del control a las inmunidades del poder (político y económico) dentro y fuera del propio Estado.

En un trabajo de hace algunos años atrás, se ha señalado que:

“El estado actual del Derecho Administrativo no se hace cargo de la delimitación de concepto de interés público y de su aprehensión como criterio ineludible para la resolución y decisión de conflictos judiciales en materia administrativa (...) Lo expuesto denota el fenómeno de una creciente motorización legislativa caracterizada por la existencia de un cúmulo variado de normas, muchas veces contradictorias, la vigencia de regímenes parcialmente derogados y la falta de coherencia integral de muchos complejos normativos sectorizados que deben reconstruirse al momento de la resolución judicial. El panorama relatado supone la existencia de un alto grado de incertidumbre para la correcta o justa solución del conflicto judicial en materia administrativa, con grave menoscabo del valor seguridad jurídica, que exige decisiones que resulten consistentes y coherentes en el marco del ordenamiento jurídico vigente”⁵⁵.

Ese cúmulo de normas denominada *hiperinflación normativa* por MAIRAL⁵⁶, abona la incertidumbre del control judicial a la actividad desplegada por los otros poderes del Estado.

En el ámbito de nuestra disciplina, “existe una tendencia que podríamos denominar, de una manera un tanto irónica, marxista académica, o del marxismo académico, que consiste en buscar cómo las condiciones económicas de la existencia encuentran en la conciencia de los hombres su reflejo o expresión”⁵⁷. Tendencia que, lamentablemente, denota el olvido de la “pregunta sobre qué condiciones históricas debían cumplirse para que pudiera surgir, con la ayuda de las luchas que se dan en el seno del campo del poder, un universo social autónomo, capaz de producir y reproducir un cuerpo jurídico relativamente independiente de imposiciones externas, gracias a la lógica de su funcionamiento específico”⁵⁸. Imposiciones externas que en el Derecho Administrativo se vinculan, necesariamente y más que en otras ramas del derecho, con el poder.

El Derecho registra en cada momento un estado de relación de fuerzas y ratifica con ello las conquistas de los dominadores, convirtiéndose “en acervo reconocido (lo cual tiene el efecto de inscribir en su estructura misma una

55 COHEN SALAMA, CLAUDIO, “Bases epistemológicas y metodológicas para una teoría interpretativa del Derecho Administrativo”, *JA*, 2003 -I -1375.

56 Cfr. MAIRAL, *Las raíces legales...*, op. cit.

57 FOUCAULT, MICHEL (trad. ENRIQUE LYNCH), *La verdad y las formas jurídicas*, 4ª reimpr., Gedisa, Barcelona, 1996, p. 14.

58 BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico,” en BOURDIEU, PIERRE y GUNTHER TEUBNER, (trad. CARLOS MORALES DE SETIÉN RAVINA), *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre - Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 2000, ps. 157-158.

ambigüedad que contribuye sin duda a su eficacia simbólica)”⁵⁹. Un aspecto también que podría profundizarse en trabajos posteriores y que exceden al objeto del presente es si el Derecho, en general, ha perdido eficacia simbólica en la Argentina a partir del siglo XX⁶⁰.

VI. A MODO DE COLOFÓN PROVISIONAL

En Derecho, como en Historia, “[n]i todo mentira, ni todo verdad; ni todo fábula, ni todo realidad. Tanto han contado los cuentistas y tanto han hablado los fabulistas para embellecer sus cuentos, que todo lo han hecho parecer una fábula”⁶¹.

Sincerar nuestra práctica, en general, reconociendo las limitaciones teóricas y prácticas en el control judicial de la actividad de los poderes del Estado, en particular, implica en algún modo acercarnos a la realidad para reconstruir sobre terreno firme los cimientos de una disciplina atada irremediablemente al poder y a los vicios de su ejercicio; hechos que se observan a lo largo de nuestra joven historia institucional⁶². Si la teoría no se ajusta a esa realidad es porque existe un problema de base para quienes hoy se forman en nuestras universidades en carreras de grado y posgrado. Esto así por la distancia que se genera entre el conocimiento práctico y el teórico, entre el deber ser que plantea el Derecho y la realidad.

Nuestra responsabilidad social como abogados nos exige desnudar los hechos y las prácticas que se suceden en el ámbito del Derecho Administrativo a lo largo de su joven historia como disciplina juspublicista, desde sus comienzos como mero instrumento de dominación social al servicio del poder. Expresa NIETO que:

“Es posible que algunos lectores consideren desmesurado o caricaturesco que en el siglo XXI se hable de dominantes y dominados, cosas que parecen propias de la Edad Media, puesto que en la actualidad –se dice– no hay vasallos sino ciudadanos y somos todos quienes democráticamente nos gobernamos a nosotros mismos. Personalmente no puedo estar de acuerdo con tales ingenuidades. Hoy, en efecto, ya no quedan señores feudales de horca y cuchillo ni reyes

59 BOURDIEU, op. cit., p. 161.

60 Cfr. BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo*, Novum, México, 2012.

61 WACE, poeta normando del siglo XII, sobre la leyenda del rey Arturo y la Tabla Redonda, citado por CÁRDENAS NANNETTI, JORGE, *Nueva historia de los Estados Unidos*, Moderna, Colombia, 1970, ps. 8-9, cuyo texto original dice: “Ne tot meçinge, ne tot veir, ne tot fable, ne tot saveir; tant ont li contéor conté et li fabléor fablé por lor contes embeleter que tot ont fair fable sembler”.

62 Por ejemplo, sobre la evolución en materia de decretos delegados y de necesidad y urgencia, antes y después de la reforma constitucional de 1994, antes de la sanción de la Ley 26.122, ver: CARLOS BALBÍN, *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

y nobles que mandan y oprimen a sus vasallos con ley y sin ley; pero sigue habiendo quienes mandan y quienes obedecen y son oprimidos. Han cambiado los nombres y los hombres, mas el Sistema sigue siendo el mismo. Lo único que ha cambiado es el estilo, las maneras y la retórica ideológica con que se disfraza el funcionamiento real de las cosas. La realidad es la fuerza y la ideología su fachada que al tiempo oculta y adorna con nombres distintos –ayer la Religión, hoy la Justicia, mañana el Bienestar– pero con la misma función”⁶³.

El Derecho Administrativo “no es la expresión de una Verdad revelada por Dios o descubierta por la ciencia; tampoco es una simple herramienta que podría juzgarse con la vara de la eficacia (¿eficacia para quién?). Como los instrumentos de medida de la *Melencholia* de DURERO, sirve para aproximarse a una representación justa del mundo, sin que nunca se la pueda alcanzar”⁶⁴. Representación del Derecho Administrativo que en algunos casos parece ir en contra del propio Estado, fomentando ello la corrupción, entendida como fenómeno social que corroe la confianza en la democracia y que involucra a la sociedad en su conjunto y no únicamente al funcionario público.

Las sociedades democráticas “se sostienen en una sutil y frágil red de confianza. Confianza que las reglas del juego serán respetadas, en principio, por todos; confianza en que existen instituciones imparciales que garantizan el respeto y sancionan los incumplimientos de las normas; confianza en que las políticas públicas tienden a buscar el bienestar colectivo y no el de unos pocos. Y para que esta confianza exista y ser renueve, se requiere, entre otros factores, un gobierno que respete los valores que reclama”⁶⁵.

Pero también requiere de una sociedad madura y de una comunidad jurídica más sincera y menos hipócrita en el análisis y en el ejercicio del poder.

No se trata de salvar las apariencias del Derecho Administrativo, sino de replantearnos si cuando hablamos de Derecho Administrativo y el control judicial de la actividad del Estado, en la actualidad argentina de esta segunda década del siglo XXI, no estamos traicionando, al mismo tiempo, el Derecho Administrativo al que propugnamos o decimos aspirar. Coincidimos, por tanto, en que “ciertos conceptos que prevén las normas jurídicas positivas [a las que agregamos la herética jurisprudencia federal en esta materia, parten de ciertos postulados dogmáticos ya inexistentes en nuestro ordenamiento y que –consecuentemente– los principios e instituciones del Derecho Procesal Administrativo (particularmente

63 NIETO, *Balada...*, op. cit., ps. 51-52.

64 SUPIOT, ALAIN (trad. SILVIO MATTONI). *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 32.

65 EIGEN, PETER (trad. MIREIA BARTELS, NATALIA FRANCH y DAVID SÁNCHEZ), *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, Planeta, Bogotá, 2004, p. 133.

en el contexto actual) deben ser reformulados desde otras bases (Estado Social y Democrático de Derecho) que nos exigen derribar viejos mitos”⁶⁶.

Para finalizar, haciendo propio el pensamiento de GORDILLO:

“Podemos instalarnos en el presente y desde allí escudriñar el futuro, o mirar empecinadamente al pasado y argumentar cuanto se nos pueda ocurrir para negar el mundo y afirmar la excepcionalidad argentina. Pero no podemos dejar de mirar los hechos tal cual ellos son, o nuestros sueños de hoy serán nuestras pesadillas de mañana (...) Tenemos la posibilidad de soñar con realidades ya tangibles, que van dando un claro matiz de esperanza hacia el creciente orden jurídico mundial, en un mundo del cual aprovecharemos lo mejor de su derecho, para un país al cual nosotros también daremos lo mejor de lo que tenemos. Demos rienda suelta a la inspiración, seamos optimistas en el pensamiento, en la palabra y en la acción, no para ‘marchar a nuevas y distintas utopías’, sino para seguir en el camino emprendido”⁶⁷.

66 BALBÍN, CARLOS F. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 11.

67 GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. II, La defensa del usuario y del administrado, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2014, cap. XXII-48.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina