

## REFLEXIONES SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

**Alejandro Pérez Hualde**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Mendoza (Argentina).  
Ministro de la Corte Suprema de Mendoza.*

### RESUMEN:

El ensayo propone, luego de la grave crisis del 2001, una reconstrucción de la institucionalidad argentina y de otros países sudamericanos, a partir de una revalorización de su texto constitucional. Pone especial atención en problemas vinculados con la nueva visualización de los derechos humanos sobrevenida después de la Segunda Guerra Mundial –denominada hoy “Neoconstitucionalismo” por la ciencia política europea–, la globalización, las nuevas fuentes y argumentos constitucionales externos y superiores al Estado, la nueva actitud del Estado frente a las nuevas reglas que los derechos humanos sociales exigen en el siglo XXI. El ensayo trata de alcanzar una explicación y nuevas vías y propuestas de acción.

Especial atención es requerida, en el área del Derecho Administrativo, acerca de la participación, administración, eficiencia y control independiente, todos tópicos analizados por el ensayo en referencia al punto de vista de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de cara a los desafíos propuestos luego de la mencionada crisis y en el futuro inmediato.

Este análisis de la crisis Argentina podría ser demostrativo de lo que acontece en otros países de la misma región y de otras.

**Palabras clave:** DERECHO CONSTITUCIONAL – Neoconstitucionalismo – Derechos Humanos Sociales - Globalización – Fuentes Del Derecho Constitucional – Participación Política – DERECHO ADMINISTRATIVO – Administración - Eficiencia – Control Independiente.

### ABSTRACT:

The main objective of this essay is the reconstruction of the Argentine institution and other South American countries, after the crisis in Argentina of the year 2001, based on its constitutional texts revaluation. It is focused on subjects related to the new evaluation of human rights, after the second world war –nowadays called “neoconstitucionalism” by the European political scientists–, globalization, the new constitutional sources and arguments –eventually external and superior to the State–, the new attitude of the State in order to face the new rules that the social human rights require in the XXI

century. The essays' aim is to reach an explanation and new ways and political action's proposals.

Special attention is required in the Administrative Law area, about the participation, administration, efficiency and independent control. All of them are analyzed topics by the essay according to the view points of the executive, legislative and judicial powers, facing new proposed challenges after the said crisis and in the immediate future.

This analysis of the Argentine crisis could be used as an example of the situation in another countries of the region.

**Keywords:** CONSTITUTIONAL LAW – Neoconstitutionalism – Social Human Rights – Globalization – Constitutional Law Sources – Political Participation – ADMINISTRATIVE LAW – Administration - Efficiency – Independent Control.

## *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho administrativo*

“La falta de correspondencia entre la situación de Derecho constitucional y la realidad administrativa es evidente, y representa uno de los hechos más importantes que salen al paso de la ciencia del Derecho”

Ernst Forsthoff<sup>1</sup>

Luego de haber transitado la década de los '90, su final estrepitoso en diciembre de 2001, la recuperación económica de los años posteriores al final de la crisis, que los tribunales internacionales ya ubican en abril de 2003, ha llegado el momento de reflexionar cómo sigue el drama de los argentinos.

Hemos descubierto la falacia de que el crecimiento económico va acompañado necesariamente de la disminución de la pobreza; que el axioma de “*primero ricos para después ser justos*”<sup>2</sup> constituyó también una excepción dilatoria de proporciones extraordinarias; que “*hoy por hoy se habla esencialmente de desarrollo humano como el indicador fundamental de la gestión pública gubernamental*”<sup>3</sup>.

Nos encontramos con que se ha destruido al principal agente de distribución y asignación de recursos en la Argentina en toda la segunda mitad del siglo 20, que fue la empresa pública; y también conque no fue sustituida por otro mecanismo que cumpla similar tarea de un modo eficiente.

Hemos tomamos conciencia de que nuestro más grave problema político estructural es el nivel extraordinario de corrupción que aqueja a nuestro país desde hace por lo menos tres décadas. Que la corrupción que derrumbó el sistema de empresas públicas, afectó también a quienes las enajenaron, de igual modo, luego, a quienes pretendieron controlarlas en manos de los nuevos adquirentes y, finalmente, nos afecta también en estos días donde se decide el rumbo a seguir respecto de ellas.

A este panorama lo completamos con la evidencia de que las ansias de encontrar respuestas a los problemas políticos que nos agobian, quizás por el extraordinario nivel de ignorancia acerca de nuestro ordenamiento normativo, ha destruido las defensas que impedían el deterioro de nuestro juego institucional tradicional básico como el constituido por la división de poderes, la responsabilidad del estado y el control del poder.

Ante este espectáculo crítico de nuestra institucionalidad, que no podemos calificar de “*transición*” porque ésta, conceptualmente, implica “*tiempo, cambio deliberado, estrategias institucionales*”<sup>4</sup>, se alza como telón de fondo una verdadera reconsideración de nuestras actitudes y una nueva ponderación de nuevos y viejos valores a los

---

1 Prólogo a su *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 5, fechado en Heidelberg-Schlierbach, en otoño de 1949.

2 Axioma atribuido y criticado reiteradamente por el profesor Pedro José Frías en sus exposiciones y conferencias en esos mismos tiempos.

3 Miguel Hernández Terán, *Anotaciones sobre justicia, democracia y desarrollo*, Guayaquil, 2005, p. 10.

4 Carlos Floria, *Análisis de la política y del Estado*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 97.

que nos aferramos y tratamos de poner en práctica en procura de ofrecer a nuestros hijos un mejor panorama que aquél que hemos heredado sin beneficio de inventario.

Con esta impronta encaramos las reflexiones que siguen y que tienen por finalidad contribuir a un proceso de revisión crítica y de proyecto optimista frente al reto que estos tiempos nos proponen.

## I. EL “NEOCONSTITUCIONALISMO”.

Los tiempos que atravesamos nos han colocado ante un desafío extraordinario. Como toda crisis nos presenta la oportunidad de participar en el diseño de los cambios; de colocarnos en rol de protagonistas y no de espectadores. Las nuevas líneas en el pensamiento constitucional, sumadas a la indudable conmoción que sufren nuestras instituciones republicanas, producen fuerte impacto en el Derecho Administrativo y en sus aplicaciones prácticas.

La moderna tendencia que nos ofrece el constitucionalismo nos coloca frente a un conjunto de valores y principios fundamentales, expresados –en principio– en los acuerdos internacionales de derechos humanos, y en aquellos que tienen por finalidad la protección del medio ambiente, que se encuentran contenidos explícita o implícitamente en el texto constitucional y que le sirven de sustrato al compromiso de acatamiento a ese orden normativo.

Aun cuando ningún autor arriesga una definición precisa, el neoconstitucionalismo se nos presenta como un enfoque moderno de la Constitución que rige nuestros destinos. Algunos autores, con el fin de separar este nuevo punto de vista del constitucionalismo de sus reales orígenes, vinculados al iluminismo del siglo XVIII, y de las formulaciones positivistas del XIX, lo ubican como un fruto natural surgido después de la segunda guerra mundial. Más exactamente, lo precisan en el momento de la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas en 1948; coincidente con la Constitución de Bonn de 1949, con su particular tratamiento de los derechos fundamentales del hombre.

Se trata de un abordaje a la carta magna comprometido con valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre<sup>5</sup> y a su dignidad que exceden su formulación escrita de tal modo que ha impulsado a un debate entre quienes sostienen que estamos frente a una positivización del iusnaturalismo y quienes afirman que se trata de una iusnaturalización del positivismo. También hay una importante corriente, encabezada por Paolo Comanducci, que sostiene que en el Neoconstitucionalismo se esconden una teoría, una ideología y también una metodología<sup>6</sup>.

Nos mantendremos al margen de esos interesantes debates ya que lo dejaremos a cargo de los filósofos del derecho, pues creemos que de esto se trata. No obstante,

---

5 Luis Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 132.

6 Hemos tenido la oportunidad de apreciar esta rica discusión con motivo de la incorporación de Paolo Comanducci a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; su conferencia de recepción trató sobre *Constitucionalización y teoría del derecho* (en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Anales*, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 175). El autor hace un análisis sobre el “*neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico*”. Este planteo ha sido tratado críticamente desde la Universidad Pompeu Fabra por el profesor Juan José Moreso en el trabajo titulado *Comanducci sobre neoconstitucionalismo* (ver en el sitio oficial de Internet de la mencionada universidad).

avanzamos concientes de que, por una parte, como afirma Carbonell, bajo el manto del Neoconstitucionalismo se cobijan tendencias que son contradictorias entre sí; y de que, por otra parte, nos atenemos al núcleo, descrito por Bernal Pulido<sup>7</sup>, consistente en que los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación, y –a ello agregamos– esos principios encuadran dentro de un marco universal consensuado de valores receptados en convenciones y tratados internacionales que obligan a los Estados y los hacen responsables por sus omisiones y apartamientos.

Pero recogemos su mensaje: no cabe duda de que el desafío, ineludible para nosotros, consiste en un encuadramiento del texto constitucional en un orden de valores y principios que legitiman su formulación positiva y que se halla por encima de la impronta constituyente particular. Se trata de valores y principios, en tal carácter “*reconocidos*” por el texto constitucional, preexistentes y superiores, en donde encuentran legitimidad sus afirmaciones escritas.

Es más, esos valores y principios sostienen con fuerza y vigor el acatamiento mismo al orden constitucional constituyéndose éste en una nueva moral laica exigible más allá del texto escrito coyuntural.

La irrupción de estos principios y valores ha traído como consecuencia una serie de fenómenos que no pretendemos agotar en un listado exhaustivo pero que sí nos animamos a detallar en algunos de sus aspectos más notables para nosotros y que tienen efectos directos sobre los institutos propios del Derecho Administrativo.

## II. LA INTERNACIONALIZACIÓN Y GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO.

La llegada de este conjunto de valores y principios ha provocado, como consecuencias inmediatas, la valoración de los derechos humanos de rango social, la expansión de los principios de interpretación propia de su régimen y una perceptible desestabilización de los derechos Constitucional y Administrativo.

Las normas internacionales de protección de determinados derechos fundamentales del hombre adquieren una nueva dimensión y pasan a constituir un orden supra nacional que permite la interpretación universal de valor que lleva al compromiso supra estatal de custodia, en definitiva, de una percepción general acerca de la dignidad<sup>8</sup> del hombre.

En este aspecto, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 1948 se constituye en un hito fundamental en el nacimiento de este nuevo orden jurídico internacional, proyectándose en un orden económico internacional acerca del cuál ya nos hablaba un sanjuanino, eminente constitucionalista, hace casi cincuenta años: don Pablo Ramella<sup>9</sup>.

Es la línea trazada, también entre nosotros, por Germán Bidart Campos para quien el derecho internacional de los derechos humanos reviste prelación aún sobre el derecho

---

7 Carlos Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo a debate*, en Temas de Derecho Público n° 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006, p. 29.

8 Peter Häberle, *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, trad. de Héctor Fierro, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 81.

9 Pablo Ramella, *Derecho Constitucional*, 2da edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 611.

de la integración y el derecho comunitario<sup>10</sup> ya que, como se ha destacado, la mencionada Declaración Universal de las Naciones Unidas, se ha constituido en un “*denominador axiológico común*” sobre las ideas de dignidad, libertad e igualdad humanas<sup>11</sup>.

De igual modo, decimos, el concepto de constitución rebasa su percepción positiva, excede la clasificación tradicional de García Pelayo, en cuanto a su enfoque sociológico, racional normativo e histórico material, y nos lleva de la mano de Häberle a una concepción cultural de la Constitución. Cultural en el sentido enfocado por la filosofía alemana, en especial por los existencialistas, considerándola producto de todos los elementos de la cultura de un pueblo, de su riqueza espiritual. Su arte, su literatura, sus costumbres, sus tradiciones, sus valores, religiosos y de los otros, su orden jurídico, todo su entramado cultural desemboca en el acto constituyente. Por esto es que la Constitución refleja indudablemente al hombre en su dignidad, pues se trata de su fruto espiritual concreto. Y ese hombre, hoy, tiene un pie en el mundo y otro en su localidad<sup>12</sup>; se trata del mundo “*glocal*” expresado por Pedro J. Frías en su pretensión de juntar los conceptos “*glo*”, por global, y “*cal*”, por local.

Observa acertadamente Cassese la presencia de un orden binario en el cuál las particularidades conviven con un sistema de principios comunes donde, por un lado, la variedad extrema y creciente de regímenes nacionales y subnacionales, mientras por el otro, una malla que gradualmente se va extendiendo de principios y procedimientos universales<sup>13</sup>.

Esa dignidad humana se vuelca en su producto y en su necesaria “*consecuencia organizativa*” que es la democracia<sup>14</sup>.

## A) La irrupción de los principios, garantías y derechos.

Los valores y principios supra estatales, reconocidos en los textos constitucionales, constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares con una especial visualización de la dignidad humana como piedra angular de la interpretación y aplicación constitucional.

En una nota que pone en evidencia la magnitud cualitativa de la obra de Juan Bautista Alberdi, la Constitución Argentina se adelantó a algunas de estas consideraciones que hoy atribuimos a la postmodernidad. El art. 28 CN no sólo establece, ya desde 1853, la presencia de principios, garantías y derechos<sup>15</sup> que no pueden ser desvirtuados por las normas legales que se dicten en su consecuencia, sino que, además, se refiere a ellos como “*reconocidos*” aceptando así su preexistencia y superioridad, y

10 Germán José Bidart Campos, *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 21.

11 María Luisa Marín Castán, *Declaración Universal de Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución*, en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, directores Raúl Morodo y Pedro de Vega, tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1731.

12 Alberto M. Sánchez, *Luces y sombras en la regulación de los servicios públicos*, en *El Derecho Administrativo Tomo 2006, Serie Especial El Derecho*, Buenos Aires, 2006, p. 744.

13 Sabino Cassese, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma, 2006, p. 104.

14 Häberle, *El Estado...*, ob. cit., p. 444.

15 Nos llama acertadamente la atención sobre la importancia de este texto, presente en nuestra constitución desde 1853 y en su antecedente el proyecto de Juan Bautista Alberdi, Joaquín Brage Camanzano en su *Nota liminar* al libro de Peter Häberle, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, p. 10, nota 1.

abriendo la posibilidad de que pueda considerarse válidamente que existen derechos “con” normas y “sin” normas, como lo destaca Bidart Campos<sup>16</sup>. Podríamos decir que nuestra Carta Magna estaba ya preparada para estos tiempos de universalización de valores y principios que sobrevendría cien años después de su dictado.

Esta obra se ve completada por la Reforma de 1994 en la medida que introdujo la expresión escrita de principios y valores concretos como los de “*equidad y solidaridad*” (art. 75 inc. 2 y 8 CN), de “*igualdad de oportunidades*” (art. 75 inc. 2, 19 y 23 CN), el progreso económico “*con justicia social*” (art. 75 inc. 19 CN), el “*desarrollo equilibrado de provincias y regiones*” (art. 75 inc. 19). Agrega a ellos, el derecho a un “*ambiente sano*” (art. 41 CN) y, concretamente en el terreno de los servicios públicos y del consumo, el derecho a un trato “*equitativo y digno*” (art. 42 CN).

A esto se agregan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados expresamente por el art. 75 inc 22 CN y la obligación expresa impuesta al Congreso de la Nación de “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*” (art. 75 inc 23 CN). Texto que abre la posibilidad de efectivizar y regular directamente derechos contenidos en los tratados de derechos humanos que no están expresamente contemplados en el texto constitucional.

El mensaje actual se ve traducido en la ponderación de los principios constitucionales y en sus valores. Afirma el ministro Lorenzetti en su voto en reciente fallo de la Corte Suprema de la Nación que “*resulta necesario establecer criterios de corrección para una interpretación estable, compatible con los valores constitucionales y apta para constituirse en una base sólida para el futuro de la Nación*”<sup>17</sup>.

La cultura que muestra un concepto nuevo y general de la dignidad humana se impone por sobre la voluntad de los estados<sup>18</sup>, de sus constituciones particulares y de los contenidos precisos de su orden normativo derivado, adelantándose, en algunos casos, como en “*Ekmekdjian c. Sofovich*”, a la formulación positiva que luego sobrevendría con la Reforma constitucional en 1994.

La presencia de cláusulas que abren el texto constitucional a la vigencia de tratados internacionales, como nuestro art. 75 inc 22 CN, pone en evidencia clara esta tendencia mundial, que algunos autores marcan como de clara limitación del constitucionalismo. De igual modo ocurre con la admisión constitucional expresa de la posibilidad de sometimiento a competencias y jurisdicciones de organizaciones supra estatales contenida en nuestro art. 75 inc 24 CN<sup>19</sup>.

Estas previsiones constitucionales han traído como consecuencia la presencia efectiva de tribunales internacionales donde se ventilan conflictos que escapan a la jurisdicción de los estados particulares. Allí se llevan a cabo, incluso, persecuciones penales por delitos no contemplados adecuadamente en su alcance por el estado particular como es el caso de aquellos considerados de “*lesa humanidad*” hoy en manos del Tribunal Penal Internacional.

---

16 Bidart Campos, *Las transformaciones...*, ob. cit., p. 59.

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “*Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986*”, expte M. 2771. XLI, 27 de diciembre de 2006, voto de Lorenzetti, considerando n° 25.

18 Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en Miguel Carbonell, ob. cit., p. 21.

19 Cassese, ob. cit., p.183.



En nuestro país nos encontramos hoy con sentencias de Tribunales internacionales en materia de derechos humanos, particularmente –en un caso- contra la provincia de Mendoza, y también –como dijimos- con los primeros laudos de arbitrajes en materia de inversiones extranjeras surgidos de los Tribunales del CIADI en los que se resuelven aspectos que hasta hoy considerábamos privativos de nuestro Derecho Público.

Esta realidad se impone en estos tiempos en que, además –como se ha señalado con acierto-, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra fuertemente devaluado<sup>20</sup>. Es por eso que numerosos reclamamos, más de treinta, en materia vinculada a los servicios públicos en la Argentina se encuentran planteados y en trámite ante el CIADI.

El CIADI funciona en el ámbito del Banco Mundial y ha sido acordada su intervención en numerosos tratados internacionales de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por Argentina entre 1990 y 2001 con cincuenta y siete naciones<sup>21</sup> y también interviene en arbitrajes por controversias surgidas en el ámbito de otros tratados internacionales como el NAFTA.

Este tribunal arbitral, que está disponible a opción del inversor extranjero perteneciente a uno de los países signatarios, tiene por objetivo expreso hacer efectiva, mediante la solución concertada, la garantía de que las inversiones gozarán de protección y plena seguridad en aplicación del principio de tratamiento justo y equitativo, y de que las partes contratantes de esos tratados de protección recíproca de inversiones no adoptarán medidas de confiscación o nacionalización salvo por causa de utilidad pública, sin discriminación, y dando lugar al pago de una compensación pronta y adecuada. En estos acuerdos se incluyen también normas que establecen un tratamiento no menos favorable que el acordado a los inversores locales, también uno idéntico al que se le otorgue a la nación más favorecida en otro tratado, reglas sobre transferencia de divisas y permanencia de las inversiones, y, finalmente, normas que autorizan el sometimiento de las disputas que se ocasionen a arbitrajes internacionales.

Para la República Argentina, tanto los tratados de inversiones como su sometimiento al CIADI, tuvieron además –en su momento- un objetivo político comercial de relevancia en la medida en que se persiguió afianzar su confiabilidad internacional para atraer inversiones y lograr bajar el denominado “*riesgo país*”<sup>22</sup>. El sometimiento expreso y la permanencia de nuestro país en el marco de estos tratados, mediante la renovación tácita en los últimos años de más de veinte de ellos, permite asegurar que se trata de una política clara de sostenimiento de una actitud internacional coherente.

El acatamiento de los laudos y la prolija defensa que nuestro país, desde la Procuración del Tesoro de la Nación, lleva a cabo en su marco, que le ha significado el reconocimiento expreso de la crisis ocurrida en los años 2001/2003 y una disminución verdaderamente notable de los montos pretendidos en su contra, ponen e evidencia su

---

20 Héctor Mairal, *El efecto de la crisis económica en el Derecho*, en Aniversario de la Revista de Administración Pública RAP, febrero de septiembre de 2004.

21 Recomendamos consultar de Guido Santiago Tawil, *Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional*, en L.L., 2000-D, 1106 y sgs.; y *Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos “Vivendi”, “Wena” y “Maffezini”*, en La Ley de los días 20 y 21 de noviembre de 2002. Un listado completo y detallado de los tratados firmados en ese marco puede consultarse en Augusto M. Morello y Germán González Campaña, *El vencimiento de los tratados bilaterales de inversión*, en La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, director Agustín Gordillo, septiembre de 2005, p. 1.

22 Así lo destaca Guido Santiago Tawil en el prólogo a la obra *Protección de inversiones extranjeras* de Esteban M. Ymaz Videla transcrito en revista “La Ley”, tomo 1999-C-1258.



voluntad de integración, aun cuando crítica, al nuevo ordenamiento jurídico internacional surgido del fenómeno de la globalización del derecho, de sus fuentes y de sus procedimientos y tribunales.

En algunos casos el planteo internacional ha omitido todo tipo de reclamo local previo. Así es como nos encontramos con que estos Tribunales de composición de diferendos se ven en el trance de ponderar y determinar hechos que hacen a la situación local del país en sus aspectos más variados. La estimación que tiene por terminada la crisis argentina en abril del año 2003, determinada ya en dos de los casos en trámite, es un claro ejemplo de lo que es la influencia sobre las decisiones en temas fundamentales desde allende la frontera de nuestros países<sup>23</sup>.

Es en este contexto, donde la irrupción de los principios generales del derecho –según Häberle<sup>24</sup>– “*quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho*”, se caracteriza por mostrarnos un nuevo Derecho Administrativo también, consecuentemente, “*desestatizado*” gracias a –según Sabino Cassese– dos eventos: el primero es el desarrollo de un derecho administrativo internacional no ligado al Estado, sino a administraciones globales, y el segundo consiste en la afirmación de reglas globales, producidas por tratados o por organizaciones internacionales, dirigidas a los estados y a los privados interesados<sup>25</sup>.

Esta situación obedece a la nueva apreciación de los fenómenos técnicos, económicos y también jurídicos que supone la globalización.

## B) La globalización.

La ponderación de valores y principios, que se impone en un contexto de globalización de intereses que superan en magnitud a los estados mismos y que confrontan con ellos como una realidad incontestable, constituye la expresión, igualmente global, de la respuesta de juridicidad que la dignidad humana exige.

El análisis puramente normativo podría olvidar poner atención en la realidad tecnológica que se nos manifiesta permanentemente en un progreso científico abrumador que hace caer en la obsolescencia, vertiginosamente, a procedimientos y técnicas de distribución, de llegada y, por lo tanto también, de control de los servicios fundamentales a la población.

Por una parte, introduce nuevas necesidades colectivas que nos llevan a razonar sobre la necesidad de su incorporación al mínimo que entendemos debe garantizarse a una persona para asegurar una vida digna. Un ejemplo paradigmático de este supuesto puede ser el caso del acceso al servicio de la red de Internet. No está lejos el momento en que debamos considerar si es posible una vida digna sin un acceso mínimo garantizado al único canal de llegada a la información, a la educación, al ejercicio de derechos políticos, cívicos y sociales, como es la red de Internet<sup>26</sup>.

---

23 Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, Washington, D.C., en el caso n° ARB/01/8, entre CMS Gas Transmission Company y la República Argentina.

24 Häberle, *El Estado...*, ob. cit., p. 237.

25 Cassese, ob. cit., p. 73.

26 “Es una de las muestras más elocuentes de la globalización en que vivimos”, señala acertadamente Lautaro Ríos, *Globalización, integración y Derecho Constitucional*, en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, directores Raúl Morodo y Pedro de Vega, tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1262.

Por otra parte, estos mismos adelantos tecnológicos ponen en el absurdo el intento regulatorio sobre sectores económicos totalmente sobrepasados por la realidad técnica y comercial. Así podríamos calificar lo que ocurre hoy con la regulación del Estado en materia de telefonía básica en un país como el nuestro donde los teléfonos celulares en uso han sobrepasado los treinta y cinco millones de aparatos sobre una población total de treinta y siete. Imaginemos la vana pretensión de reglamentar la venta de celulares con precios máximos en un momento en que el artefacto en cuestión es prácticamente regalado con la compra de cualquier electrodoméstico.

La generalización de los servicios telefónicos internacionales a través de la red de Internet y la extraordinaria magnitud de venta de tarjetas codificadas para el servicio de telefonía colocan en la antigüedad a cualquier intento regulatorio estricto de tarifas en esos rangos de comunicación. La inminente generalización de la comercialización de celulares de alcance mundial, con base satelital, sustraerá de hecho la competencia del sujeto estatal regional, nacional o provincial de la regulación de cualquier aspecto de estas comunicaciones.

No sólo el progreso científico impacta en los contenidos cualitativos de las prestaciones de los servicios públicos. La tecnología disponible hoy permite la producción de recursos en grandes concentraciones o su traslado en grandes magnitudes a grandes distancias, provocando de ese modo una revolución en materia de costos. Es tan grande el impacto económico que convierte en viable la distribución de algunos recursos que, en escala menor, son de inconcebible producción y, menos aún, susceptibles de generalización para su alcance por la mayoría de la población necesitada.

Esta realidad tecnológica ha empujado a los mercados a las grandes concentraciones económicas y a la conformación de grupos de interés que sobrepasan en poder a muchos de los Estados nacionales comprendidos en su campo de acción.

Todo este proceso se ve situado en un contexto internacional de puja de grandes intereses, aglutinados en distintas franjas de carácter económico como los sectores financieros, medicinales, de armamentos, petroleros, de las comunicaciones, etc. todos ellos inmersos en una disputa donde uno de sus principales oponentes es el estado nación, como lo hemos concebido hasta el presente, y también son sus enemigos esos intentos, con mayor o menor grado de evolución, de agrupamientos de países en forma regional, como lo son la Unión Europea, el MERCOSUR, el Nafta, etc.

Este contexto se ve también severamente alterado porque, como afirma Stiglitz, *“ha predominado una visión concreta del papel del Estado y los mercados, una visión que no es universalmente aceptada en los países desarrollados pero que es impuesta en los países subdesarrollados y las economías en transición”*; señala también que *“no podemos anular la globalización; está aquí para quedarse. La cuestión es cómo hacerla funcionar”*<sup>27</sup>.

La *“globalización”* no se discute, es un hecho. Esta conjunción de elementos visualizados de modo integral tanto desde el punto de vista económico, ético, como sociológico, y también jurídico legal<sup>28</sup>, se nos presenta como una situación donde los intereses no sólo prescinden de toda consideración de nacionalidad, sino que también *“discrepan”*<sup>29</sup>

---

27 Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2002, p. 309 y sgs.

28 Carlos Alberto Guajardo, *Comercio internacional y globalización*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 177.

29 Alberto Antonio Spota, *Globalización, integración y Derecho Constitucional*, L.L., 1999-A, p. 905.

y se enfrentan con los intereses propios de los estados nación y con las regionalizaciones que éstos organizan procurando subsistir. “*La globalización muestra que los grandes intereses tecnológicos, económicos y financieros, y más que nada los de ciencias puras y ciencias aplicadas y las metodologías consiguientes, tienen sistemas de lealtades muy singulares*”, intereses que “*crean franjas a lo largo de todo el mundo y que a veces no tiene el respaldo total del poder político de ningún estado nación*”<sup>30</sup>.

Los intereses y las lealtades de la globalización son distintos. En “*los sistemas globalizados de poder no hay lealtades a la tierra, a los territorios o a las banderas de los estados naciones o de la comunidad económica o política. Las lealtades se producen hacia centros de poder universales en su dimensión, pero limitados a las franjas de sus propios intereses, en lo que hace a su desarrollo y a su esencia*”<sup>31</sup>. Finalmente, destaca Spota, “*la globalización en cierta forma, pero siempre con gran importancia y trascendencia, arremete y en los hechos desintegra la concentración de poder que significan tanto los estados naciones como las propias comunidades económicas o políticas*”; por ello “*lo característico será la negativa con mayor o menor éxito de las franjas de poder globalizadas a sujetarse al plexo legislativo de estados naciones o de comunidades económicas. Allí radificará y ya radica el centro o lugar de colisión*”<sup>32</sup>.

Como señala Fayt, “*esto centra la cuestión en decidir si la Comunidad de las Naciones debe ser gobernada por las cosas o gobernada por el hombre, si la economía mundial globalizada es una fuerza elemental incontrolable que domina la vida humana y puede, como un alud, precipitarse sobre ellos y sumirlos en crisis imparables. La producción de mercaderías no puede seguir siendo la deidad de nuestro tiempo. De ahí la imperiosa necesidad del señorío del hombre sobre las cosas y la defensa de la unidad, la solidaridad y la fraternidad como valores fundamentales del espíritu humano*”<sup>33</sup>. Pues “*tanto economicismo y endiosamiento de la eficiencia como valor supremo nos colocan ante el abismo insondable de la desigualdad, pocas veces vista y tan injusta como en nuestros tiempos*”<sup>34</sup>.

Es posible concluir en que todos los avances del constitucionalismo moderno en materia de derechos fundamentales como a la vida, a la libertad, en el terreno de las relaciones laborales, de la seguridad social, de la salud pública, del medio ambiente sano, de los servicios públicos, etc. han sido progresos que se han verificado en el marco jurídico del Estado de derecho pero en un contexto de fuerte apoyo interdependiente con otros estados mediante el empleo de los organismos y tratados internacionales. Principios de profunda raigambre en los cimientos del derecho como lo son el “*pro homine*”, el “*pro actionem*” y el “*pro debilis*” han irrumpido con fuerza inusitada en nuestra interpretación constitucional y aun en su texto<sup>35</sup>. ¿Cuál, sino el principio “*pro debilis*”, sirve de soporte al nuevo art. 42 CN sobre el que se asienta formalmente la doctrina constitucional argentina sobre los servicios públicos?

---

30 Spota, ob. cit., p. 910.

31 Spota, ob. cit., p. 907.

32 Spota, ob. cit., p. 912/913.

33 Carlos S. Fayt, *Génesis de la sociedad posesiva de mercado. De la revolución comercial a la revolución industrial y la globalización*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 241.

34 Alberto Dalla Via, *El nuevo estado en el nuevo milenio*, en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, directores Raúl Morodo y Pedro de Vega, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 245.

35 Germán José Bidart Campos, *Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “pro homine”*, en Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, coordinadores, *El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 16.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2) establece que: *“cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”*.

Esta obligación, además, debe ser interpretada de acuerdo con las pautas que rigen específicamente la materia de los derechos humanos en general, como los principios *“pro homine”*, expansivo o progresivo, de interacción, de promoción, de universalidad y de indivisibilidad. En especial, el principio expansivo, o *de progresividad*, es el que impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un estándar mínimo de vigencia de los derechos humanos, por ello *“se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* como lo prevé el art. 2-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>36</sup>.

Señala, con acierto, Hitters que *“la responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos se apoya como regla general -como es por demás sabido- en dos normas fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto el art. 1.1 señala que los países se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a garantizar su libre y pleno ejercicio; y el art. 2 completa el concepto proclamando que si los derechos y libertades mencionadas en el art. 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter ‘los Estados parte se comprometen a adoptar ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades’. Estos dos preceptos perfectamente alineados e imbricados marcan las reglas generales -sin perjuicio de los deberes especiales que luego veremos- que operan como el árbol de levas de todo el sistema. El Estado debe respetar y garantizar el cumplimiento de sus deberes y si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2)”*<sup>37</sup>.

La Corte Internacional del Pacto de San José de Costa Rica ha sostenido que *“este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile), para el cual el Estado debe ‘adaptar’ su actuación a la normativa de protección de la convención”*<sup>38</sup>... y también que tiene el *“deber general del Estado de ‘adecuación’ a las disposiciones transnacionales”*, es decir, *“un país que ha celebrado un tratado debe modificar (amoldar) su preceptiva interna para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”*. Como dice la men-

36 Néstor P. Sagüés, *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, en José Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell, *Derechos humanos y Constitución en Ibero América (libro homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima, abril de 2002, p. 37/39.

37 Juan Carlos Hitters, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, en La Ley del 7 de mayo de 2007, p. 1.

38 Casos “Yatama vs. Nicaragua” (sentencia de 23 de junio de 2005, serie C n° 127, párr. 170); “Lori Berenson Mejía” (sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C n° 119, párr. 220); “Instituto de Reeduación del Menor” (sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C n° 112, párr. 205) y “Bulacio” (sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 142), todos citados por Hitters, ob. cit., p. 2..

cionada Corte Internacional, “esta disposición es válida universalmente y ha sido definida por la jurisprudencia como un principio evidente”<sup>39</sup>.

Finalmente, el mismo Tribunal ha señalado recientemente que “la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible”<sup>40</sup>.

### III. LA BÚSQUEDA DE FUNDAMENTOS SUPRA E INFRA CONSTITUCIONALES EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

La operatividad de los valores y principios contenidos en el texto constitucional y en los tratados incorporados provoca necesariamente la búsqueda de fundamentos de las decisiones judiciales en la interpretación de elementos normativos supra e infra constitucionales y el traslado consecuente del debate al orden de los principios pasando por encima de los textos positivos.

El reciente caso “*Massa*” ha revelado cómo la interpretación jurídica efectuada por la Corte Suprema de la Nación ha llevado a que la ponderación de valores, como –en este caso– la “*paz social*”, se constituya en piedra angular de la solución de conflictos por sobre la opinión jurídica formal de los mismos integrantes del Tribunal.

Es revelador el punto de vista del presidente de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, quien refiriéndose al mencionado caso “*Massa*” dice: “*el Alto Tribunal, en ejercicio de las atribuciones políticas que tiene constitucionalmente conferidas como órgano supremo del Poder Judicial, ha fundado su decisorio en pautas axiológicas que exceden las argumentaciones jurídicas que le otorgan basamento a todo pronunciamiento judicial*”<sup>41</sup>.

Reviste particular interés esta óptica en la medida que obliga necesariamente a la reorientación de la educación constitucional hacia los valores y principios fundamentales.

La discusión hoy en pleno desarrollo entre nosotros acerca del aborto y de la precisión del momento en que comienza el derecho de protección a la vida humana pone en evidencia clara cómo el debate ha excedido el texto formal constitucional para instalarse en el terreno de los valores y principios fundamentales.

El debate teórico acerca del concepto que implica el texto del art. 75 inc 23 CN, comprometido expresamente en la “*protección del niño en situación de desamparo*,

---

39 Casos “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” (sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C n° 154, nota 6, párr. 117); “*Instituto de Reeducación del Menor*” (cit., párr. 205), y “*Bulacio*” (cit., párr. 140); todos citados por Hitters, ob. cit., p. 3.

40 Corte Interamericana, caso “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 96.

41 Luis César Otero en su voto en el caso “*Schlimovich, Luciana Yael c/ PEN- Ley 16.986 Dtos 1570/01, 214/02 s/ Amparo sobre Ley 25.561*” (causa N° 36.460/2002).



desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental”, únicamente se explica en un terreno donde la tensión se ha concretado entre los valores fundamentales de libertad sexual individual de la mujer y el de la protección a la vida humana; entre el alcance preciso del primero y el punto de comienzo exacto del segundo.

Este traslado del ámbito de discusión fuera del claro texto constitucional ha traído como consecuencia la pretensión de una desvalorización de la formulación positiva. Ambas posiciones contendientes en el debate buscan instalar su particular respuesta mediante la adhesión a tratados internacionales, el dictado de leyes<sup>42</sup>, de reglamentos administrativos<sup>43</sup> y aun de medidas judiciales precautorias<sup>44</sup>, que contengan la definición de la discusión en alguno de los sentidos en pugna.

Es también efecto necesario de esa nueva localización de la argumentación el posicionamiento de la pretensión de un nuevo concepto de imparcialidad de los intérpretes jurídicos. Se ha formulado expresamente la idea de que únicamente el ateísmo (propuesto en algún caso extremo como “*militante*”) garantiza una interpretación jurídica imparcial. Se sostiene que sólo el rechazo a los teísmos asegura esa imparcialidad; se pretende que la neutralidad frente a Dios es garantía de juicio ecuánime y “*jurídico*”.

Para algún sector de la doctrina que alienta el Neoconstitucionalismo las religiones estorban el desarrollo de su argumentación “*jurídica*”; como si ésta sólo pudiera avanzar despreñada de valores y de principios.

Fundándose en el rechazo a una lamentable actitud, frecuente en algunos autores cristianos en especial, pero adoptando un grado similar de intolerancia al criticado, se invita a la exclusión de quienes postulan ideas enroladas en algún camino de trascendencia. Se ha establecido que “*un punto de partida importante es el descarte -...- de toda moral teísta*”<sup>45</sup>.

Pareciera formularse una nueva visualización de la imparcialidad pretendiéndose equipararla y confundirla con la neutralidad de valores o con su lisa y llana exclusión en el análisis pretendidamente “*jurídico*”. Como ha destacado Gordillo, ni el juez, ni el profesor, ni el abogado son neutrales; los jueces pueden ser imparciales e independientes; el autor propone en su nota 8: “*neutralidad vs. imparcialidad e independencia*”<sup>46</sup>.

Consideramos errónea la posición y como respuesta nos resulta particularmente expresivo el párrafo de Benedicto XVI: “*En este punto se sitúa la doctrina social católica: no pretende otorgar a la Iglesia un poder sobre el Estado. Tampoco quiere imponer a los que no comparten la fe sus propias perspectivas y modos de comportamiento*”... “*Y sabe que no es tarea de la Iglesia el que ella misma haga valer políticamente esta doctrina: quiere servir a la formación de las conciencias en la política y contribuir a que crezca la percepción de las verdaderas exigencias de la justicia y, al mismo tiempo, la disponibilidad para actuar conforme a ella, aun cuando esto estuviera en contraste con situaciones de intereses personales*”<sup>47</sup>.

42 Véase la ley 26.061 de protección del niño.

43 Es un ejemplo claro de ello el reciente reglamento instrumentado en Resolución n° 304/07 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

44 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, autos 87.985, “G.A.R. en J: 32.081 C.S.M. y ots. c/sin dem p/acc. amparo s/per saltum”, en Jurisprudencia de Mendoza, Segunda Serie, n° 71, octubre de 2006, p. 149.

45 Andrés Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo formalista y Neoconstitucionalismo ético*, en La Ley del 27/02/2007, p. 1.

46 Agustín A. Gordillo, *Comentarios*, en Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 80.

47 Papa Benedicto XVI, Encíclica “*Deus caritas est*”, Paulinas, Buenos Aires, 2006, p. 49.

Con sus aciertos y sus errores, las distintas religiones en general, y el cristianismo en especial, dieron en su oportunidad relevantes respuestas a los grandes debates sobre la ilegitimidad de la esclavitud, sobre la dignidad del hombre y de la mujer en especial; hoy toca discutir sobre la defensa de la vida desde la concepción. Estamos todos invitados; sin exclusiones. Sólo la intolerancia, con sus condimentos habituales de exclusión y falta de respeto, cuando no de violencia, debe ser marginada en razón de su incapacidad de contribuir a algún resultado valorable. Y en el caso de los jueces, la preservación de su independencia en estos debates es la garantía de su imparcialidad<sup>48</sup>.

Sobre todo porque la intolerancia, que caracteriza a sectores de ambos contendientes del debate sobre la legalización del aborto, implica el desplazamiento de valores de igual importancia que aquellos de la libertad sexual y de la vida humana en su dignidad cuyo alcance y preponderancia en determinados casos concretos son los que están en discusión.

La intolerancia caracteriza normalmente a quienes no están seguros de sus ideas o de la solidez de ellas; a quienes desconfían de sus posibilidades de transmitir a otros esos valores cuya defensa les preocupa. Solo la firmeza en la convicción sobre los propios principios hace posible la tolerancia, el respeto a quienes disienten y el diálogo imprescindible y esencial para la convivencia democrática. No en vano afirma Häberle que la democracia es la proyección necesaria de la dignidad humana.

El desenvolvimiento del debate en el terreno de los valores y principios que informan el orden supranacional traerá como consecuencia el hecho de que, así como hoy se pretende ignorar la respuesta evidente del derecho Nacional, en el sentido de condenar el aborto en cualquiera de sus formas, cualquier cambio legislativo que sobrevenga en pos de su legalización, total o parcial, no impedirá la continuación de la puja en aquel plano sobre las posiciones originarias.

#### **IV. EL NUEVO ROL DEL ESTADO FRENTE A LOS DISTINTOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

La nueva visión del constitucionalismo tiene por supuesto un nuevo Estado y una nueva actitud, de compromiso activo, de éste frente a los derechos fundamentales que deben ser necesariamente completados por la organización y el procedimiento en su estructura de defensa efectiva. Organización y procedimiento que responde a otra lógica, a la luz de una nueva visión del ordenamiento jurídico que le sirve de marco, en razón de la desaparición de la tradicional “pirámide” jurídica kelseniana.

Señala Häberle cómo “*la penetración de la categoría de los ‘principios generales del derecho’ quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho lo mismo que lo hacen las referencias, expresas de manera más o menos clara, a los principios del derecho ‘preestatales’ o ‘prepositivos’, en la forma que sea: como ‘derechos humanos universales’, como ‘derecho’, por la vía de las ‘cláusulas de realización de los derechos fundamentales’, etc.*”<sup>49</sup>.

La consecuencia necesaria es la modificación del papel que se espera del Estado nación. Por su parte, sostiene Zuleta que “*los niveles de crecimiento econó-*

---

<sup>48</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 98.

<sup>49</sup> Häberle, *El Estado Constitucional*, ob. cit., p. 237.



mico, los estilos de desarrollo, las tendencias ideológicas, la distribución de los recursos, las estructuras de la desigualdad, las modificaciones en las actitudes y el comportamiento social, los patrones de distribución de la riqueza, las jerarquías sociales y las estructuras organizacionales, configuran hoy dimensiones indispensables para el abordaje de los problemas centrales de la teoría del derecho”... “con el Estado-Nación, desaparecen muchas de las presuposiciones centrales de la teoría de la legislación y las ideas de racionalidad y soberanía del legislador se convierten en mitos de dudosa vigencia en las sociedades actuales. El ordenamiento piramidal que sirvió de imagen básica a la estructura del derecho tiende a cobrar el aspecto de una red compleja de instituciones y actores sociales en conflicto, con una lógica propia difícilmente reductible a la dinámica y la estática de la teoría tradicional del Derecho y del Estado”<sup>50</sup>.

Consecuentemente con la desestatización del derecho público y el traslado del debate hacia los valores y principios, se ha producido un nuevo enfoque del rol del Estado frente a los derechos fundamentales.

No se trata ya de derechos que se ejercen “*contra*” el Estado o “*ante*” el Estado<sup>51</sup>, sino que es necesario garantizarlos también frente a otros actores no menos poderosos que el Estado. El reconocimiento de la igualdad o el derecho a la libertad –como negación de la esclavitud– deben ser hoy defendidos también ante los grupos económicos que, en muchos casos –como dijimos–, exceden el poder de los Estados.

No basta tampoco una actitud de prescindencia o de abstención neutral de parte del Estado para garantizar así el goce de los derechos. Eso le era requerido respecto de los derechos fundamentales reconocidos en la Revolución Francesa de 1789; se trataba de derechos individuales. Hoy hemos incorporado los derechos sociales, los derechos de un hombre que no vive en la individualidad sino en el mundo global y local; son derechos fundamentales que exigen una verdadera tarea de gestión activa de parte del Estado para hacerlos posibles en el terreno de los hechos.

La organización y el procedimiento como integrantes esenciales que permiten completar la estructura del derecho se han vuelto imprescindibles para la verdadera garantía de ellos<sup>52</sup>. Ha sostenido la Corte Suprema que “*el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana*”<sup>53</sup>.

El soporte que la Constitución ha brindado a través del reconocimiento de las organizaciones de defensa del medio ambiente y de los consumidores y usuarios, su legitimación activa para el ejercicio de las acciones tendientes a la obtención de su

---

50 Enrique Zuleta Puceiro, *Teoría del Derecho. Enfoques y aproximaciones*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. XIV. También Häberle (en *El Estado Constitucional*, ob. cit., p. 236) hace notar cómo, citando a Hesse, “*los principios constitucionales y las normas legislativas interactúan de múltiples maneras en el ámbito de los derechos fundamentales, de modo que se produce no sólo la interpretación de las leyes conforme a la constitución, sino también la interpretación de la constitución conforme a las leyes*”.

51 Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 25. Dice el autor: “*resulta evidente que el derecho administrativo no puede concebirse exclusivamente como un sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado*”.

52 Peter Häberle, *Nueve ensayos ...*, ob. cit., p.88.

53 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “*Verbitsky*” (LL, 2005-C, 276), considerandos 26 y 45, 2-05-2005.

cometido, y la creación de la acción rápida y expedita del amparo (arts. 42 y 43 CN) constituyen un claro y evidente ejemplo del acogimiento integral de los nuevos conceptos constitucionales en nuestro orden fundamental. Se trata de una inclusión constitucional con fuertes proyecciones en el terreno de los derechos Ambiental y Administrativo.

Sigue pendiente, claro está, la tarea de la sociedad civil, de la organización pública no estatal, tan difícil en la Argentina, de defensa de los derechos fundamentales, y también la proyección de principios constitucionales, como el de división de poderes, hacia la organización social y al terreno de los medios informativos, de paritarias laborales, etc<sup>54</sup>. A ello se debe que no logremos salir del sofisma denunciado por Gordillo *"la administración, haga lo que haga, es fiel tutora del interés público y el particular su enemigo, contraparte, contracara"*<sup>55</sup>. Ni todo lo que hace la administración es bien público ni todo el bien público es tarea exclusiva de la administración; ni todo lo que pretende el particular administrado es *contra* la administración.

## V. PARTICIPACIÓN, CONSENSO, CONTROL Y EFICIENCIA EN EL ACCIONAR ESTATAL.

Consecuencia necesaria del nuevo rol del Estado es el compromiso con métodos que hagan posible la participación activa de la población, la canalización del consenso que legitima el accionar estatal, el control independiente y la exigencia efectiva de la eficiencia. Esa participación tiene por objeto transparentar y hacer evidentes las relaciones y los complejos mecanismos que nos ofrece la realidad sociopolítica actual. Es el modo de que aparezcan las relaciones complejas y los actores sociales que expresan la riqueza que escapa al esquema *"oficial"* de organización estatal.

Se trata de mecanismos que, en nuestro caso, ponen en evidencia nuestra vocación autoritaria; nuestro temor al control, nuestra desconfianza a las nuevas fuentes de legitimación democrática de la nueva dirigencia política. Por ello nuestra tendencia a cerrar caminos de participación. Por eso no se hace espacio verdadero a la participación de los usuarios en los órganos de dirección de los entes reguladores; por esa misma razón se impide la participación de éstos en los procedimientos de renegociación de contratos de servicios públicos; por la misma causa se establecen procedimientos de aprobación legislativa tácita de esas mismas renegociaciones.

En cada uno de los cuatro temas que abordamos bajo este acápite se encuentra subyacente el mismo problema político existencial de nuestro país: el desdibujamiento, sino la pérdida, de la división de poderes. Sea cual fuere ésta la división, ejecutivo-legislativo-judicial o central-federal. Pero no insistimos en la queja sobre ese paulatino deterioro del esquema constitucional. Pues no olvidamos la observación de Forsthoff, que compartimos, en el sentido de que *"no la técnica de ciertas formas jurídicas, sino solo la vinculación a principios jurídicos materiales puede asegurar hoy la medida necesaria de libertad individual unida a la justicia social, y legitimar el Estado como Estado de Derecho"*<sup>56</sup>.

---

54 Häberle, *El Estado...*, ob. cit., p. 444.

55 Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, Introducción, 10ma. edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, p. Int-9.

56 Forsthoff, *Tratado...*, ob. cit., prólogo, p. 6.

## A) Participación.

La participación exige hoy tres elementos esenciales: información adecuada y veraz, colaboración en la tarea pública y descentralización, tanto federal como administrativa<sup>57</sup>.

La presencia de mecanismos de participación en la elaboración estatal de las normas de efectos generales ha sido considerada implícita en la Constitución Nacional por la doctrina desde hace ya tiempo<sup>58</sup> y se encuentra exigida como obligación de los estados por normas supra nacionales que nos obligan expresamente (art. 75 inc. 22 CN). Tales son el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23.1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21.1), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX)<sup>59</sup>.

Afirma Sacristán que “*la participación en audiencia pública, o mediante otra modalidad participativa, en forma previa al dictado de los reglamentos, consagra la función democratizadora del procedimiento administrativo*”<sup>60</sup>. Es el propio poder el que ha abierto sus puertas a la participación activa a través de distintos mecanismos<sup>61</sup> como la audiencia pública, la propuesta de proyectos, etc.

Resulta esencial para posibilitar la participación un grado amplio de información. Los medios están; solo falta la voluntad y el coraje de abrir la información y ponerla a disposición de quienes, sin duda, la usarán no solo para participar sino también para controlar y criticar la acción estatal que esa información refleja. Es el “*costo*” de este inevitable avance.

Consideramos también notas esenciales de la participación tanto la organización federal, en su grado preciso constitucional, como la progresiva descentralización de la organización administrativa. La “*vuelta a lo pequeño*”, señalada por Häberle<sup>62</sup>. La “*cultura federal*”, reclamada por Frías, que “*se diversifica en la proximidad a la gente: crece la demanda de servicios, los matices se manifiestan como diferencias o no, surgen las iniciativas en que hay que discernir si sirven al bien común*”... “*evita que el mundo global destruya las identidades locales, que deben convivir con las nuevas interdependencias*”<sup>63</sup>.

57 Ver nuestro *Descentralización administrativa y “descentralización constitucional*, en Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005-II, fascículo 2, 13-04-2005, p. 3; basado en nuestra ponencia denominada *Descentralización administrativa y “descentralización” constitucional*, presentada en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, “Nuevos paradigmas constitucionales y sus efectos en los campos jurídico y socio-político”, Iquique, abril 1º y 2º, Chile; también ver nuestro *Descentralización administrativa*, en Ochoa Monzó y otros, *Derecho Administrativo*, presentación de Jorge Danós Ordóñez y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Lima, 2004, p. 695-723.

58 Agustín A. Gordillo, *La administración paralela*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, p.32.

59 Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 4º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. XI-4.

60 Estela B. Sacristán, *Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)*, en Revista de Derecho Administrativo, n° 30/31, Depalma, enero-agosto, Buenos Aires, 1999, p. 169.

61 Ver nuestro *Elaboración participativa de normas: mecanismo de control*, en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 577; destinado a analizar el Dec. 1172/2003.

62 Häberle, *El Estado Constitucional*, ob. cit., p. 107.

63 Pedro José Frías, *La cultura federal*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Anales*, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 229.

## B) El consenso.

El consenso se ha transformado en elemento primordial del accionar del Estado. Ha sostenido la Corte Suprema a este respecto que *“las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso”*<sup>64</sup>. Las nuevas pautas constituyen un gran desafío para el político moderno desde el momento en que la complejidad del proceso de consenso lo obliga a una formación cultural extraordinaria para comprender los fenómenos que tiene el deber de conducir.

El consenso que se reclama sobre las políticas estatales es hoy muy dificultoso por la desaparición del debate político de ideas en las campañas electorales y por la ausencia de la función formadora de cuadros dirigentes por parte de los partidos políticos. No aparece claro el ámbito *“de discusión y consenso”* que la Corte Suprema requiere.

Los numerosos sistemas de detección y compulsa del estado actual del nivel de consenso en la población respecto de determinadas medidas se han modernizado y, a la vez, se han constituido en instrumentos imprescindibles de la política práctica, provocando —en algunos casos— una suerte de dependencia viciosa que ha llevado a sustituir el accionar formativo del gobierno y del partido político por una mera máquina de brindar respuestas que se saben satisfactorias de antemano gracias a aquellos métodos de acceso a la información. Es más tentador dar directamente lo que se sabe que se espera que educar y proponer el análisis de aquello tal vez doloroso pero necesario para la formación y el crecimiento de la comunidad.

## C) El control independiente.

La carencia del control efectivo, a la vez que una trasgresión a obligaciones internacionales, se ha transformado en uno de los déficit más graves de nuestra comunidad.

Se ha sostenido con acierto que *“un sistema de corrupción logra establecerse cuando se desconoce o desprecia el sistema de reglas generales, a lo que se añade, en la generalidad de los casos, la debilitación de la democracia deliberativa, la sumisión del Poder Judicial al Ejecutivo y la absoluta discrecionalidad del gobierno de los funcionarios”*<sup>65</sup>

Integrado con la participación se ha desarrollado en gran medida la necesidad de establecer controles eficientes sobre la actividad estatal. En especial cuando se trata de aquella actividad destinada a controlar, a su vez, a servicios de interés general, funciones del Estado, como la salud y la educación, sobre grupos económicos, etc.

La conciencia actual del control ha llevado a establecer una serie de reglas obviamente contenidas en los principios técnicos, que aseguren su independencia efectiva:

1. es necesario el rechazo de toda dependencia del controlante respecto del controlado; dice Gordillo que en servicios públicos *“el concedente no controla”*;
2. se impone la asunción de medidas efectivas que eviten la captura del controlante por parte del controlado; es decir, procurar impedir interferencias de las

---

64 Corte Suprema, en el mismo caso “Verbitsky” (LL, 2005-C, 276), considerandos 26 y 45, 2-05-2005.

65 Eduardo Barbarosch, *Poder, corrupción y derecho. Un análisis de la corrupción desde la Teoría general del Derecho*, en H.R. Sandler, B. Rajland, coordinadores, *Corrupción. Una sociedad bajo sospecha*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Rioja”, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 31.

- empresas privadas o públicas prestadoras del servicio y de los organismos políticos comprendidos en la contratación y fijación de las políticas del servicio;
3. establecer una metodología de designación y de remoción de las autoridades de los entes controladores que no dependa de la voluntad directa o indirecta de alguno de los controlados;
  4. lograr el financiamiento asegurado de fuentes que no estén bajo dirección o control de los controlados;
  5. crear los procedimientos administrativos necesarios que no puedan ser revisados, ni aún en sus aspectos vinculados a la legalidad, por parte del controlado; es decir, exclusión del control de tutela del controlado sobre el controlante; consecuentemente, exclusión de toda clase de descentralización administrativa típica del controlante respecto de la administración central;
  6. garantizar la profesionalidad y capacitación en la técnica y metodología de funcionamiento, comercialización y prestación específica cuya gestión se controla;
  7. establecer los organismos en cuya integración se encuentren representados, activamente y al nivel de participación en las decisiones, en un grado razonable, los destinatarios del servicio o función y los aspirantes a incorporarse a él;
  8. convencer culturalmente a la comunidad acerca del valor de la afirmación del principio de que la Administración es siempre sujeto controlado cuando se trata de la contratación pública en general y de los servicios públicos en especial.

A todos estos elementos debe agregarse una nueva percepción del viejo axioma de la publicidad de los actos de gobierno como pilar del régimen republicano del Estado. Hoy esa publicidad adquiere ribetes extraordinarios y alcanza a todos los aspectos de los procedimientos y tratamientos oficiales. La publicidad de estos tiempos se llama “transparencia”. Hay procedimientos “transparentes”, oficinas “transparentes”, funcionarios “transparentes”, etc.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Ley 26.097, establece en su art. 9 que “*cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia, criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción*”.

#### **D) La eficiencia.**

La eficiencia, reclamada por la Constitución expresamente en materia de servicios públicos y de su control (art. 42 CN), ha sido hoy, en la práctica, identificada en el sentir popular con la velocidad de respuesta. La eficiencia en estos tiempos reclama respuesta inmediata más que un manejo óptimo de los recursos escasos.

El gobierno del Estado se enfrenta a requerimientos materiales de la población que vienen rodeados de una extraordinaria urgencia de contestación y a una muy poca disposición de los reclamantes a soportar los tiempos institucionales que requieren los procedimientos establecidos por las leyes y reglamentos, cuando no por la Constitución misma.

La evidente falta de adaptación de las instituciones tradicionales de la Constitución, en especial de los poderes políticos más clásicos –como el judicial y el

legislativo-, presentan a la comunidad sus obsoletas estructuras que requieren de plazos ya inaceptables para los tiempos que corren.

No es sólo la juventud del siglo XXI la que se presenta con inusual apuro por arribar a la satisfacción de expectativas con toda urgencia. El reclamo social contemporáneo, de cualquier edad, carece de paciencia y tiene a su disposición vehículos de manifestación espontánea que asegura su presencia en tiempo real en la mesa de la decisión política. De ahí que dos elementos cuenten hoy con la máxima cotización: la efectiva participación y la velocidad de respuesta.

Ante esta realidad, el Estado reacciona sin organicidad. Contesta como puede, o –mejor dicho- como cada uno de sus órganos del poder puede en el caso concreto.

## 1. El Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo es el que está técnicamente en mejores condiciones de responder en la misma sintonía de los requerimientos mediatizados de la población; por ello es quien legisla, concentra poder y elude los controles republicanos en su totalidad.

Ya observaba Forsthoff en 1949 que “*la administración ha ganado en importancia a costa de la Constitución*”<sup>66</sup>. El Ejecutivo reacciona de modo práctico y operativo, conciente de que es el único de los poderes del Estado con capacidad de respuesta inmediata y eficiente, atropellándose –las más de las veces- a aquellos procedimientos que se aparecen como estorbos innecesarios en esa relación que, finalmente, se entabla entre el gobernante y su pueblo. Cualquier postergación so pretexto de cumplir con pasos institucionales previos puede ser interpretado como una imperdonable indecisión o, lo que es peor, un grave signo de debilidad.

La imagen de respuesta rápida prevalece sobre la calidad de contenido de la misma de tal modo que se hacen tolerables aun los errores graves si éstos provienen de una actitud investida de una “*sana*” espontaneidad en la inmediatez de la contestación institucional. Todo lo contrario, hasta el límite de lo incompatible, con el debate sereno y complejo de los legisladores y con la reflexión y la parsimonia tradicional de nuestros tribunales.

La transformación de los procedimientos y controles, a los ojos de la comunidad, en meros rituales vacíos de contenido e indignos de respeto institucional, coloca al Poder Ejecutivo fuera de todo control y al sistema democrático en un trance de gravedad notable. La prevalencia del reclamo y su urgencia de respuesta, no siempre real –y muchas veces provocada<sup>67</sup>-, sobre la institucionalidad han traído como consecuencia un relajamiento general de los sistemas de control sobre la Administración. Relajamiento que obedece directamente a la pérdida real de consenso de los controles.

Dotado de los instrumentos eficaces, que le aportó la Reforma de 1994, el Ejecutivo cuenta hoy con los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc 3 CN), los decretos delegados (art. 76 CN) y la promulgación parcial de leyes (art. 80 CN) como resortes que lo acompañan en su función de respuesta inmediata. Se han constituido en lo que técnicamente la Ley 26.122 ha denominado “*normas de carácter legislativo que dicta el Poder*

---

66 Forsthoff, *Tratado...*, ob. cit., prólogo, p. 5.

67 Ver nuestros *La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional*, en Suplemento de Derecho Administrativo, Dir. Agustín A. Gordillo, La Ley, 16 de diciembre de 2005, p. 1 y *La Ley Gran Cuyo*, febrero de 2006, p. 1; y *La postergación institucional*, en Suplemento de Derecho Administrativo, Dir. Agustín A. Gordillo, La Ley, 13 de octubre de 2006, p. 1.



*Ejecutivo*”<sup>68</sup>. A estos mecanismos se agregan la posibilidad que el Jefe de Gabinete tiene hoy, después de la Ley 26.124, de cambiar el destino de las partidas presupuestarias establecida por el Congreso de la Nación en el presupuesto y la amplia delegación legislativa consagrada por la Ley 26.135 en numerosos materias propias del Poder Legislativo.

En todos los casos, estos instrumentos suprimen el debate legislativo, eliminan la participación federal, y desplazan la expresión de las distintas posiciones políticas respecto de los temas y problemas que aquejan a la comunidad. Cabe preguntarse si ese debate es hoy posible; si existe verdadero interés en la población acerca de ese intercambio de ideas; o si, por el contrario, esta exclusión de la discusión no es consecuencia necesaria de la total falta de interés en ese debate político o de la convicción popular de que nada útil tiene para aportar.

El descreimiento y el escepticismo sobre la calidad de nuestros partidos políticos y sobre la utilidad de su mensaje sirven de telón de fondo a esta crisis que se manifiesta a través de los elementos que enumeramos.

## 2. El Poder Legislativo.

El Poder Legislativo se encuentra virtualmente paralizado; ha habilitado mecanismos que garantizan al Poder Ejecutivo la exclusión de su propio control sobre la “*actividad legislativa*” de aquél y le ha delegado funciones de alta significación como lo son el control de la cuenta de inversión, la organización del Organismo Fiscal Federal (art. 75 inc. 2 CN) y todas sus facultades en materia de servicios públicos.

Por su parte, el Legislativo ha caído en una situación de virtual parálisis en materia de controles y de respuestas. Su actividad ha sido totalmente rebasada por el Poder Ejecutivo incluso en su actividad propiamente legislativa. No es ya el Congreso quien legisla sino que es el Presidente quien dicta “*normas de carácter legislativo*” en forma habitual gracias a los mencionados instrumentos constitucionales, totalmente desvirtuados por la reglamentación legislativa y en su empleo, de necesidad y urgencia, delegación y promulgación parcial de leyes.

A esta situación argentina en particular, se suma aquella general del exceso de normativas que atosigan al ciudadano con un sinnúmero de leyes, decretos y reglamentos, cuyo conocimiento preciso es dificultoso hasta para los mismos juristas. El resultado no puede ser otro que la concreta devaluación del complejo normativo y el desplazamiento hacia el contrato, regido por normas extranjeras y sometido normalmente a extrañas jurisdicciones, como regla de comportamiento serio y efectivamente exigible de las conductas; todo ello controlable únicamente a la luz de la ponderación de los grandes principios y valores que inspiran las bases del sistema normativo. Señala Ferrajoli que “*expresiones como principio de legalidad y reserva de ley tienen cada vez menos sentido*”<sup>69</sup>.

El escepticismo popular respecto del debate político y el vaciamiento de los contenidos de la discusión política hieren de muerte a esta institución que es la que constituye por excelencia el canal de expresión de la democracia participativa.

## 3. El Poder Judicial.

El Poder Judicial, que pareciera ser el que cuenta con menores posibilidades de respuesta rápida y espontánea dentro de su bagaje tradicional, pues se lo impiden la

---

68 Así las califica, textualmente, el art. 25 de la Ley Especial 26.122.

69 Ferrajoli, ob. cit., p. 21, el subrayado es del autor.



natural serena reflexión y la recomendable meditación, hoy excluidas del lenguaje moderno, ha encontrado canales de expresión que lo acercan a las circunstancias y lo colocan en un lugar preponderante frente a la crisis institucional. Mediante su actividad cuasi legislativa implícita en sus respuestas a intereses colectivos o difusos y en la declaración de oficio de inconstitucionalidad, más el reconocimiento de la legitimación ampliada para las acciones de clase, y a través del dictado de las denominadas medidas precautorias autosatisfactivas, o de satisfacción inmediata, ha evitado la marginación que hoy aqueja al Poder Legislativo. Su doctrina efectiva de aplicación directa de valores y principios constitucionales y de las normas de los tratados internacionales se ha constituido en el canal de expresión de su nuevo rol institucional de cara a los nuevos tiempos.

La Corte Suprema pone en evidencia ser muy conciente de este difícil y crítico panorama cuando afirma que *“la participación de este Tribunal no puede ser vista más que como la mejor realización del funcionamiento del sistema representativo, republicano y federal que rige a la Nación y al que las autoridades todas se deben someter”*<sup>70</sup> y cuando deja constancia expresa de que sus miembros *“han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional”*<sup>71</sup>.

Pero el Poder Judicial no se ha quedado atrás en el grado que las circunstancias parecieran imponerle. Al menos en la Argentina, es cada vez más evidente que a través de las medidas (todavía llamadas) *“precautorias”* o *“provisionales”*, en especial de aquellas denominadas *“autosatisfactivas”*, que merecen calificarse *“como sentencias”*<sup>72</sup>, brinda respuestas inmediatas a los requerimientos de la comunidad y ellas se traducen en órdenes de entrega de medicamentos o de fondos, autorización de operaciones quirúrgicas, conexión de servicios públicos, habilitación de locales clausurados, prohibición de apertura de casinos, autorización de un aborto terapéutico, etc. Todas respuestas también inmediatas y también de difícil, y –a veces- imposible, control institucional oportuno y debido desde el punto de vista tradicional.

Otro instrumento de amplio y progresivo desarrollo es la declaración de inconstitucionalidad de oficio por los jueces en los casos concretos tal como lo ha destacado Agustín Gordillo<sup>73</sup> y lo adelantaban numerosas constituciones provinciales.

El compromiso cultural de nuestro orden constitucional con los principios, valores y derechos fundamentales se pone en evidencia y *“se juega”* en cada respuesta, en su inmediatez, en su espontaneidad, en su eficacia ya, y –por sobre todas las cosas- en que así aparezca y así luzca en su imagen ante la comunidad.

En los demás terrenos, el de los juicios y procesos judiciales tradicionales, el Poder Judicial se encuentra, por ahora, sumergido en la imposibilidad de brindar la respuesta en los tiempos que se le imponen. La optimización de los procedimientos, aun a través de las más modernas técnicas de ingeniería de procesos y de sistemas de calidad más sofisticados, fracasa ante la premura de las respuestas exigidas. Es evidente que no

---

70 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza”, expte. L. 733. XLII, 13 de febrero de 2007.

71 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986”, expte M. 2771. XLI, 27 de diciembre de 2006, considerando n° 11.

72 Néstor Pedro Sagüés, *La ‘medida de satisfacción inmediata’ (o ‘medida autosatisfactiva’)* y la *Constitución Nacional*, en *El Derecho Constitucional*, t. 2000-2001, p. 473.

73 *Tratado...*, tomo 3, ob. cit., p. Int-19.

se trata únicamente de hacer lo mismo que se hacía antes pero más rápido; el cambio obligado es de contenido y de respuesta.

Solo en la modificación sustancial de los métodos y mecanismos de acceso, propuesta, deliberación, análisis y decisión se encuentra la posibilidad de poner a tono con los tiempos al que fue expresamente diagramado como el más conservador de los poderes del Estado.

## VI. REFLEXIONES FINALES.

Parece indudable que debemos establecer algunas pautas de valor que permitan guiar los acontecimientos hacia respuestas de contenido sustancial que permitan encarrilar u orientar a nuestra comunidad en la crisis que, aun cuando nos hayamos esmerado en su descripción local, excede su marco y tiene carácter internacional.

La nueva visión de valores y principios de orden constitucional y supra constitucional nos brinda una fuente rica en recursos sobre los cuales meditar y trabajar hacia sus aplicaciones prudentiales y sus respuestas eficaces para alcanzar aquello que hoy en la confusión aparece como remoto y hasta como excesivamente teórico o iluso.

Nos toca a los profesores de Derecho Público contribuir con todo nuestro esfuerzo a iluminar a los actores de la crisis los caminos posibles; es nuestra responsabilidad al "*esfuerzo social concertado*".

Es difícil esperar respuestas de quienes están atiborrados por los acontecimientos o por las urgencias de respuestas bajo presión electoral como ocurre con los integrantes de los poderes "*políticos*" del Estado.

El Poder Judicial argentino, que comprende a todos los poderes judiciales de nuestro país, tiene una tarea grave que cumplir en este momento histórico apasionante de grandes cambios. Aprovechando el propósito del origen mediato de su designación respecto de la voluntad electoral, pero apoyándose en la solidez de la fortaleza democrática institucional que le otorgan los procedimientos constitucionales, debe extremar sus recursos para brindar las respuestas concretas que la comunidad exige y que los tiempos imponen de tal modo de contribuir a una salida fortalecida en el sendero de la participación democrática como estilo innegociable de vida digna y como marco necesario para la realización efectiva del bienestar general.

En los últimos fallos del máximo Tribunal de la Nación, y en algunas de sus acciones en el terreno institucional, como la convocatoria a Conferencias Nacionales de Jueces, ponen en evidencia una coherente voluntad política dirigida hacia su fortalecimiento institucional sobre la base de la solidez de sus decisiones y de su presencia activa y protagonista en aquellos terrenos donde es requerida su actuación constitucional, acompañado de los poderes judiciales provinciales conformando una unidad de acción Nacional.

Es de esperar una pronta reacción del Congreso y una reubicación consecuente del Poder Ejecutivo que restablezca la armonía y el equilibrio institucional que nuestra Constitución ha contemplado.