

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA DECADENCIA ARGENTINA

*Conferencia del Dr. Héctor Mairal al incorporarse como
Académico de Número a la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, en sesión pública del 22 de agosto de 2012*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal.

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar) en el mes de enero de 2013.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2011 / 2012**

Presidente Académico Dr. JORGE REINALDO VANOSI
Vicepresidente . . Académico Dr. HUGO O. M. OBIGLIO
Secretario Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Tesorero Académico Dr. CARLOS PEDRO BLAQUIER
Prosecretario . . . Académico Embajador CARLOS ORTIZ DE ROZAS
Protesorero Académico Ing. MANUEL SOLANET

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO.....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO.....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Carlos A. FLORIA

Dr. Miguel M. PADILLA

*Apertura del acto a cargo del
académico Presidente Jorge Reinaldo Vanossi*

En la sesión pública de hoy, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas se complace en incorporar, como nuevo Académico de Número, al Dr. Héctor Mairal, quien se referirá al tema “El derecho administrativo y la decadencia argentina”, luego de su presentación a cargo del académico de número Juan Vicente Sola.

Señor Académico Mairal, reciba Usted el diploma que lo acredita como Miembro de Número de esta Corporación.

Presentación por el académico Juan V. Sola

En estas circunstancias los presentadores suelen decir que han recibido un gran honor. Debo repetir la frase gastada, porque esta vez siento que se me ha concedido un gran honor. El de presentar a un gran jurista y académico y también a un gran abogado. Pero fundamentalmente a un hombre íntegro.

Un gran jurista como lo demuestran sus logros y estudios:

- Abogado con diploma de honor de Universidad de Buenos Aires en 1961.
- Becario Fulbright entre 1962 y 1963.
- Master en Derecho Comparado, “cum laude”, Southern Methodist University, Dallas, Texas, en 1963.
- Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1982.
- “Visiting Scholar” en Universidades de Harvard entre 1982 y 83 y en la Universidad de Cambridge en 1987.

Su larga carrera académica llega también a los Estados Unidos y Gran Bretaña:

- Luego LLM en la Southern Methodist University de Dallas, esta universidad que tanto ha acogido a los argentinos lo ha llamado a integrar su Comité Ejecutivo.

Repitiendo una broma habitual en economistas digamos que pertenece a los dos Cambridge, ya que fue Visiting Scholar y Profesor visitante en Harvard de Cambridge Massachusetts y en la Universidad de Cambridge.

- Profesor visitante en la Universidad de Chicago.

Puedo decir sin embargo que su gran contribución ha ocurrido durante los treinta años de Profesor titular de Derecho Administrativo entre 1978 y 2008 en la Universidad de Buenos Aires, dos veces por concurso.

Desde allí inició la tradición jurídica que reconoce a la Constitución y a los precedentes judiciales como la principal fuente del derecho administrativo. Verdad evidente pero a veces olvidada dentro de la maraña de la administración y por respeto mitológico de los reglamentos.

Su visión nos obliga a cambiar la terminología; somos ciudadanos en una sociedad democrática y no solo “administrados” para una organización lejana e incontrolable.

Su versación en el derecho es integral y le permite desmentir la remanida y reaccionaria distinción entre derecho público y privado. Conoce ampliamente ambos.

Dije que recibíamos también a un gran académico. Veamos sus obras:

Autor de tres libros:

- El Control Judicial de la Administración Pública en 2 tomos;
- La Licitación Pública, y
- La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública.

Publicó innumerables artículos en revistas jurídicas de Argentina, Estados Unidos y otros países, con fuerte repercusión, especialmente cuando analizó los contratos administrativos, los servicios públicos y el acto administrativo.

Recordemos también los premios:

- Lifetime Achievement Award, Ed. Chambers, Londres, en el 2005;
- Premio Konex de Platino en el campo del Derecho Administrativo argentino, en el 2006;
- Lifetime Achievement Award, Ed. Latin Lawyer, San Pablo, en el corriente año 2012;
- Miembro del Executive Committee de Southern Methodist University, Texas, de los Estados Unidos, y
- Distinguished Global Alumni Award SMU, en el 2001.

El derecho es discurso pero también es práctica en la defensa de los derechos.

Ha sido declarado el mejor abogado de empresa, elegido repetidamente por sus pares en la consulta que hace anualmente la revista Apertura.

Es socio de Marval O'Farrell & Mairal y miembro de su Consejo Directivo.

Pero quiero referirme a lo más importante: su integridad personal y su coraje. Es muy difícil para un abogado famoso asumir posiciones de principio, ya que ello puede alejar a algún cliente importante.

Pero Mairal desmiente a Quevedo:

¿No ha de haber un espíritu valiente?

¿Siempre se ha de sentir lo que se dice?

¿Nunca se ha de decir lo que se siente?

Ha dicho claramente lo que siente y piensa.

Comparó al derecho público argentino con las dos caras de Jano. La esquizofrenia de tener una Constitución con división de poderes basada en el sistema de EEUU y un derecho administrativo con origen digamos que francés, aunque ha tenido fuentes más inmediatas y menos prestigiosas, con reminiscencias autoritarias.

Demostró el sentido jerárquico que influía la doctrina administrativa frente al democrático de la Constitución. El mito que el Estado representaba al bien común, cuando muchas veces solo representa el interés de algunos funcionarios. Las arbitrariedades de la discrecionalidad y de cómo los plazos de las decisiones varían según la amistad con quién las toma.

Señala que se debe evitar otorgar privilegios al Estado frente a los ciudadanos. El gobierno es una persona jurídica más, sin ventajas frente al resto de los comunes y sufrientes ciudadanos.

Su libro *Control Judicial de la Administración Pública* inició la revolución del control de constitucionalidad ante una burocracia que proviene de la tradición inquisitorial. Jueces independientes son la única garantía del ciudadano frente a la burocracia.

También su enérgica crítica a la extraña fascinación de jurista por la descripción del acto administrativo. Y por la distinción entre contratos administrativos y civiles basada en “esencias” inexplicables. Todos somos iguales bajo la Constitución y el derecho es todo uno.

No quiero olvidarme de la persona. Casado, con 3 hijos y 7 nietos nos recuerda el primer estándar establecido en el Código Civil el de ‘buen padre de familia’.

Señoras y Señores, acompáñenme en dar la bienvenida al Académico de Número Héctor Mairal.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA DECADENCIA ARGENTINA

Por el académico DR. HÉCTOR MAIRAL

Agradezco las cálidas palabras con las que el Académico Dr. Juan Vicente Sola me ha presentado. Agradezco también la generosidad de los Señores Académicos que me han franqueado el acceso a esta Casa.

Llegamos a ella desde diversos sectores del conocimiento y de la cultura: la filosofía, la literatura, la educación, las ciencias políticas, la economía, el periodismo, la medicina, el derecho. Y por ello procuramos insertar nuestras respectivas disciplinas dentro del plexo general que nos brinda la Academia que integramos.

Es con ese motivo que he seleccionado el tema de mi disertación que intentará relacionar la materia de mi especialidad, el derecho administrativo, con el espectro más amplio de la economía argentina y también con los valores cívicos que impregnan nuestra ciencia jurídica.

De esta manera rendiré tributo a aquél que dio su nombre al sitial que me cabe el honor de ocupar, Carlos Pellegrini, así como a quien me honro de suceder en esta silla, Don Bartolomé de Vedia.

Carlos Pellegrini fue abogado y economista de fuste, pero lo recordamos, por sobre todas sus demás facetas, por su rol protagónico como político y como estadista. Llegó a la Presidencia de la República en momentos aciagos, con la crisis de 1890, pero supo conducir los destinos de la Nación con pulso seguro y defendió el crédito público, comprendiendo su importancia en el progreso del país. Su estatua, a pocos pasos de aquí, nos recuerda su personalidad recia y su vigor en la defensa de los verdaderos intereses nacionales, los que calibró con inteligencia muy lejos del facilismo y de la demagogia.

Bartolomé de Vedia fue también abogado, pero por sobre todo fue periodista en La Nación, esa gran tribuna de doctrina fundada por Bartolomé Mitre y con la cual la familia de quien me precedió en esta silla ha estado estrechamente ligada a través de toda la historia del diario. Desde allí, en diversos sectores, pero finalmente como editorialista, y también desde la cátedra de ética periodística en la Universidad Católica Argentina y en otras casas de altos estudios, Bartolomé de Vedia predicó con el verbo y con el ejemplo los valores morales, cívicos y culturales que supo aprender de sus mayores.

Hablar de derecho administrativo en el seno de esta Academia obliga a recordar a los eminentes cultores de esta disciplina que han sido miembros de ella: Rodolfo Bullrich, Rafael Bielsa, Manuel María Diez, Carlos María Bidegain y Miguel Marienhoff. Permítaseme recordar aquí a Manuel María Diez, quien me invitó a su cátedra, la que estaba abierta a todas las opiniones y era ejemplo de una amplitud de espíritu propia de la libertad que debe regir en la investigación universitaria.

También en Francia, la *Academie des Sciences Morales et Politiques* ha contado con juristas de derecho administrativo de la talla de Henry Berthelemy, Marcel Waline, Prosper Weil, Roland Drago y Pierre Delvolvé, y yéndonos al siglo XIX de León Aucoc, para no mencionar a Alexis de Tocqueville, ese gran pensador que

abarcó con visión de águila el derecho público tanto francés como norteamericano y cuyas páginas sobre la “Democracia en América” se pueden leer con provecho aun hoy.

El título de la conferencia “El derecho administrativo y la decadencia argentina” parece dar por supuesta una relación entre sus dos términos. ¿Existe tal relación?

Existe una correlación superficial que se detecta rápidamente. En los últimos ochenta años, mientras la economía argentina disminuía en importancia frente a la de otras naciones, nuestro derecho administrativo crecía y se desarrollaba sin cesar.

Midamos primero la evolución económica. Alrededor de 1930 la Argentina figuraba entre las diez economías más importantes del mundo. Su ingreso bruto era el mayor de todos los países de Latinoamérica: 25% superior al de Brasil, casi dos veces superior al de México y cuatro veces superior al de Chile. Nuestro ingreso *per cápita* era similar al de Canadá y sólo un tercio menor que el de los Estados Unidos.

¿Qué observamos en la actualidad? Pues que el ingreso bruto de la Argentina es hoy un tercio del de Brasil y la mitad del de México, y que nuestro ingreso *per cápita* es apenas una fracción del de los Estados Unidos y Canadá.

A principios del siglo XVII España era la primera potencia de Europa. Cien años después, con la paz de Utrecht, España desapareció como factor de poder entre las naciones europeas. Así como esta decadencia despertó durante mucho tiempo el interés de los historiadores, nuestra decadencia excita hoy la curiosidad de observadores y economistas. “El fracaso de la Argentina –dice el escritor V.S. Naipaul– es uno de los misterios de nuestro tiempo”.

Pasemos ahora a la evolución de nuestro derecho administrativo. En esa misma década de 1930, el derecho administrativo argentino estaba en su infancia: la obra de Rafael Bielsa, el primer

gran tratadista en la materia, tenía apenas diez años y todavía no había alcanzado su plenitud.

Hoy día nuestro derecho administrativo es el más desarrollado de Latinoamérica y los autores argentinos son citados en el resto del sub-continente. Diversos tratados existen, más numerosos y tanto o más extensos que los de Francia, cuna de la disciplina. Innumerables obras monográficas pueblan los estantes de nuestras bibliotecas jurídicas y pueden encontrarse no sólo en las universidades, sino también en los estudios profesionales de los países vecinos.

De allí nace entonces el interrogante: más allá de la correlación superficial que hemos descripto ¿existe alguna relación de causa a efecto entre ambos desarrollos o son ellos totalmente independientes? O como mínimo ¿coadyuvó la orientación del derecho administrativo a nuestra decadencia económica? Estos son los interrogantes que intentaré contestar en la presente conferencia.

Al así hacerlo criticaré ideas pero no personas. Todos quienes han escrito sobre esta disciplina en nuestro país han actuado movidos por el patriotismo y el deseo de defender el interés público. Si quizás en el pasado se cometieron errores, esos errores evitan que los cometamos nosotros, a su vez seguramente culpables de otras equivocaciones que nuestros sucesores descubrirán.

En Argentina, así como en los Estados Unidos, el derecho administrativo es el hermano menor del derecho constitucional. La afirmación se basa no solo en la inferior jerarquía de la mayoría de sus reglas frente a las del derecho constitucional, sino también en el orden cronológico de la aparición de ambas materias, ya que en ambos países se desarrolló primero el derecho constitucional y luego el administrativo. Como decía Bielsa en 1921, en el Prefacio de la primera edición de su *Derecho Administrativo*: "... nuestros juristas y publicistas han preferido escribir siempre alrededor de la

Constitución, sin descender –obsérvese el vocablo “descender”– al campo del derecho administrativo...”

Por el contrario, en Francia, el desarrollo del derecho administrativo precedió al del derecho constitucional. Y ello no por la ausencia de constituciones (pues Francia tuvo una docena) ni de obras de doctrina (así los libros de Barthelemy, Duez, Duguit, Esmein y varios otros), sino porque la ausencia del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes privaba a ese derecho de vigencia efectiva, convirtiéndolo en una suerte de derecho político. Fue recién con la creación del Consejo Constitucional por la Constitución de 1958, y especialmente en 1971, con el fallo de ese Consejo en el caso *Liberté d'Association*, que el derecho constitucional francés tomó real impulso.

Inicialmente en nuestro país el derecho administrativo era mirado con recelo y aun con desprecio. José Manuel de Estrada lo criticaba por ser “una faz enfermiza del derecho moderno”. Y en nuestro país ese derecho ni siquiera era moderno ya que, aun después de estar en vigor la Constitución de 1853, continuaba aplicándose, en algunas materias administrativas, la Real Ordenanza de Intendentes de 1782.

Juan Bautista Alberdi previó el futuro cuando advertía en sus Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional: “no dejemos que el derecho administrativo europeo conculque las libertades que nuestra Constitución nos debe garantizar”. Reflexión acertada ya cuando se formuló, pues en esos mismos años Manuel Colmeiro, el gran administrativista español del siglo XIX, explicaba la necesidad de “excluir a la administración del fuero común, y librarla del yugo de los tribunales ordinarios”, justamente el principio opuesto que inspiró el derecho anglosajón y que pasó a la Constitución norteamericana que tomamos como modelo.

Las primeras décadas de nuestra vida como nación organizada estuvieron marcadas por un claro apego a ese modelo nor-

teamericano. En esa época éramos conscientes de nuestra “americanidad” que nos separaba de Europa. Cincuenta años después la actitud había cambiado.

A la admiración por los Estados Unidos se sucedió una actitud de desconfianza y de menosprecio por sus valores. Su filosofía económica era considerada egoísta y se la contraponía con la solidaridad que se juzgaba propia de Europa y con las ideas de un tenue socialismo que se iba abriendo paso, que eran el modelo que debíamos imitar. Al Ariel espiritual, personificación de Europa, José Enrique Rodó opuso el Calibán utilitario norteamericano.

No fue ajena a esta evolución la naciente puja entre el imperio inglés y los Estados Unidos, aspecto no menor en un país como Argentina que en esos años trataba de integrarse con la economía británica.

El recelo ante la expansión del poder norteamericano se extendió al modelo que habíamos tomado para nuestro derecho público, olvidando que, más allá de los avatares de la política exterior de los Estados Unidos, el trato brindado por su gobierno a sus propios ciudadanos –tema éste central para el derecho público– continuaba siendo un ejemplo digno de imitar.

La influencia del derecho norteamericano cedió así ante la imitación de Europa en general, y de Francia en especial. Como dijera Borges en su Prólogo de Prólogos

“En el Congreso de Tucumán resolvimos dejar de ser españoles; nuestro deber era fundar, como los Estados Unidos, una tradición que fuera distinta. Buscarla en el mismo país del que nos habíamos desligado hubiera sido un evidente contrasentido; buscarla en una imaginaria cultura indígena hubiera sido no menos imposible que absurdo. Optamos, como era fatal, por Europa, y particularmente por Francia... Fuera de la sangre y del lenguaje, que asimismo son tradiciones, Francia influyó sobre nosotros más que ninguna otra nación”.

La influencia francesa en el derecho administrativo nacional fue creciente a partir de los comienzos del siglo XX. Varias razones la explican, además de los aspectos culturales que hemos mencionado. Por esa época los Estados Unidos carecían de derecho administrativo, pese a la obra comparatista de Goodnow, de modo que no existía el *pendant* administrativo del modelo constitucional que habíamos seguido con la Constitución. Decía ya en 1866 Ramón Ferreyra, el primer administrativista argentino, que no hay nada en esta materia que se pueda esperar de los Estados Unidos.

Por el contrario, a partir del advenimiento de la Tercera República y la conversión del Consejo de Estado en un verdadero tribunal, el derecho administrativo francés se desarrolló vigorosamente. Su principal remedio, el recurso por exceso de poder, que permitía la defensa de los intereses además de los derechos, provocaba la admiración de los juristas de otros países. No es de extrañar, entonces, que tuviéramos respecto del derecho administrativo francés la misma receptividad que, en esa época, los sectores dirigentes del país demostraban ante los últimos adelantos extranjeros de todas las disciplinas.

La admiración por el derecho administrativo francés llevó a soslayar su fundamental diferencia con el modelo anglosajón en el cual hemos basado nuestra Constitución. En Inglaterra, a partir de mediados del siglo XVII y como reacción contra la opresión de los Estuardos, el derecho y los tribunales ordinarios sirvieron también como freno al poder, como defensa de los particulares frente a los funcionarios públicos. Es el principio totalmente opuesto al que rigió tradicionalmente en Francia y que fuera expuesto “brutalmente” (el término es de François Burdeau) en el Edicto de Saint Germain de 1641, en el cual se recordó a los súbditos que los tribunales judiciales que la corona había establecido tenían por misión resolver los conflictos entre ellos, los particulares, pero en ningún caso juzgar a los funcionarios reales. Este principio, que repitió Luis XIV en 1661, fue reiterado a fines del siglo siguiente

por la legislación revolucionaria, sentando así la regla fundamental de la separación de poderes del derecho francés y que consiste en prohibir a los tribunales judiciales inmiscuirse en las tareas administrativas. Como se observa, es el principio opuesto al que rige en nuestro derecho constitucional y que fuera expuesto definitivamente por la Corte Suprema en 1960 en el *leading case* Fernández Arias.

Nuestro fuero contencioso-administrativo, que en el orden federal se creó en 1948, debe verse entonces como el tibio compromiso con el cual intentamos compatibilizar ambos modelos, el anglosajón y el francés. Al igual que España, que tiene un sistema judicialista especializado, hemos buscado liberar así a la administración del “yugo de los tribunales ordinarios”.

Paralelamente con el afianzamiento del derecho administrativo y la creación de un fuero especializado, a partir de mediados del siglo XX la presencia del Estado en nuestra economía creció desmesuradamente. “Esta evolución –bien se ha dicho– limitó, y en algunos casos eliminó, la autonomía y vitalidad de la sociedad civil [...] los principios liberales se diluyeron y fueron reemplazados por ideas y políticas intervencionistas, híper regulatorias y usualmente autoritarias”. Pero un Estado que quiso así estar presente en casi todas las actividades económicas fundamentales no fue eficiente.

Este desarrollo fue acompañado paso a paso por un derecho administrativo que, más allá de las prevenciones y salvaguardas que incluían sus autores, en la práctica fue utilizado para allegar argumentos jurídicos con el objeto de validar el aumento de las potestades estatales. Nunca sabremos cuántas veces los abogados del Estado evitaron decisiones políticas jurídicamente indefendibles. Seguramente fueron muchas, pero no fueron suficientes.

Bien se ha dicho que miramos el futuro parados sobre los hombros de gigantes. Y los dos gigantes de nuestro derecho admi-

nistrativo en el siglo XX, que ya no están con nosotros, fueron Rafael Bielsa y Miguel Marienhoff. Hombres patrióticos y probos, dedicaron sus vidas ejemplares al derecho administrativo y nos dejaron una obra monumental. Lamentablemente, sólo seguimos parte de sus enseñanzas. Ambos difundieron entre nosotros el derecho administrativo de la Europa continental, especialmente el francés. Rafael Bielsa quiso también perfeccionar la administración y capacitar debidamente a los funcionarios públicos. Escribió un derecho administrativo para ser aplicado por sabios.

Análogamente a Rodó, Bielsa contraponía “el sentido individualista y egoísta del norteamericano” con “nuestro sentido, aunque no muy firme todavía, de solidaridad social”. Consideraba “empírica” a la legislación norteamericana, contra cuya imitación advertía, y ponía al derecho administrativo francés como modelo alternativo preferible. Bielsa era consciente de que nuestra Constitución no admitía un sistema de tribunales administrativos como existía en Francia. Pero pese a ello trató de rescatar aquellas reglas que protegían a los derechos de los individuos frente a la administración que sí se podían aplicar entre nosotros.

Miguel Marienhoff hizo énfasis en los valores: pretendía un derecho administrativo para ser aplicado por hombres justos. A él le debemos la ejemplar figura del Estado como un buen *pater familias*. Cabe recordar también las valiosas páginas que escribió en defensa de su posición, que veía a la moral como uno de los elementos del acto administrativo.

Pero ocurrió que el derecho administrativo que ellos crearon fue puesto al servicio de las dos clases que nos gobernaron durante la segunda mitad del siglo XX: los políticos y los militares, dos clases la mayoría de cuyos integrantes tendía –y tiende– en nuestro país, a sobrevaluar la importancia del Estado y subestimar la importancia del sector privado. Fue inevitable, entonces, que ambas clases, con honrosas excepciones, aprovecharan al máximo las oportunidades de aumentar el poder del Estado que les brindaba

el derecho administrativo, pasando por alto los controles que ese derecho pretendía fijarles.

El derecho administrativo francés se avino perfectamente con esa ideología. Refleja la concepción francesa del Estado omnipresente, esa concepción que Peyrefitte, en su libro “Le Mal Français”, o sea “La Enfermedad Francesa”, hacía remontar a Luis XIV. Justamente en la adopción de la idea francesa del Estado omnipresente unida, no al excelente funcionariado francés producto de las Grandes Écoles, sino a una burocracia ineficiente, ha visto Vargas Llosa una de las principales causas del sub-desarrollo latinoamericano.

Se creó así un sistema jurídico que permite al Estado llevar a cabo su voluntad sin otros límites, normalmente, que, en primer lugar, las repercusiones políticas internas e internacionales y, en segundo lugar, la obligación de reparar los daños causados. Pero este segundo límite es insuficiente por tardío (demora de 10 a 20 años) y limitado en el monto cuando no, finalmente, desconocido en la sustancia.

Este sistema jurídico todopoderoso está a disposición de la administración de turno. Algunas administraciones lo aplicarán con prudencia, otras no. Algo similar ocurrió en Italia en las primeras décadas del siglo XX: el carácter autoritario de su derecho administrativo, que enfatizaba la presunción de legitimidad del acto administrativo y su ejecutoriedad, precedió al gobierno fascista. Como dice Giorgio Lombardi en su introducción a la obra de Alberto Aquarone “La Organización del Estado Totalitario”, para implantar sus políticas autoritarias Mussolini no necesitó sino aplicar el derecho administrativo que se había construido bajo los gobiernos liberales precedentes.

Cabe preguntarse cómo se pudo construir en Italia un derecho administrativo tan autoritario bajo gobiernos de inspiración liberal. Roberto Caranta lo explica así: se trataba de autores –ha-

bla de Orlando y de Santi Romano— que “estaban fascinados por el Estado”. Se ponía el énfasis en el poder y la eficiencia del Estado y no en la protección de los derechos de los ciudadanos, agrega este autor. Y ello resulta claro de la definición del Derecho Administrativo que daba Orlando: “Sistema de aquellos principios jurídicos que regulan la actividad del Estado para la consecución de sus fines”. No hay mención aquí de los medios de defensa con los que cuentan los particulares contra los abusos del Estado que hoy en día es parte esencial e indivisible de la materia.

Es esa fascinación por el Estado la que se puede también detectar en muchas opiniones de nuestro derecho administrativo, las cuales, si bien críticas con respecto a los gobiernos y a los funcionarios públicos, idealizan al Estado. Y si en Italia se detectaban connotaciones nacionalistas en la doctrina administrativista ¿qué podía esperarse en nuestro país en el cual los principales servicios públicos eran, y han vuelto a ser, operados por empresas de capital extranjero?

Solamente esa fascinación puede explicar, entre nosotros, la figura de la ocupación temporánea anormal, incluida en el decreto-ley que establece el régimen de las expropiaciones dictado en 1977. Se trata de una figura que permite a la administración utilizar un bien privado para atender una urgencia, sin necesidad de ley que lo establezca ni obligación de pagar indemnización. Ella se justificó con ejemplos dramáticos —un choque que exige recurrir a vehículos privados para transportar a los heridos a un hospital— pero se plasmó en un texto que no limitó el recurso a situaciones tan breves y heroicas. Pues bien, ese texto ha permitido a diferentes Gobiernos adoptar medidas restrictivas del derecho de propiedad de particulares que duran años, en claro exceso de las hipótesis tenidas en cuenta por quienes inspiraron esa peligrosa figura.

En la plétora de citas extranjeras a la que siempre se ha recurrido en nuestro derecho administrativo escasean las de origen

norteamericano. De otra manera no se comprende cómo hayamos ignorado la advertencia de Madison en su Carta 51 del Federalista, cuando previene contra la pretensión de legislar como si las leyes fueran a ser aplicadas por ángeles. Si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario dice Madison. Y si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, agrega, no serían necesarios controles internos ni externos para el gobierno. Tan sano escepticismo frente a quien puede abusar del poder no es general en nuestra doctrina administrativa, gran parte de la cual, si bien critica los abusos del Estado, parece considerarlos un precio aceptable para permitir a la administración imponer su voluntad ante la eventualidad de situaciones excepcionales.

Véase, sino, la figura del decreto de necesidad y urgencia, uno de los aportes más nocivos del derecho administrativo a nuestro derecho público. Con ella se buscó dotar de facultades al Poder Ejecutivo ante emergencias y ello en un país en el cual las crisis han sido en gran medida autoinfligidas y recurrentes. No se observó que de esa manera se premiaba a los malos gobiernos, que viven de crisis en crisis y de emergencia en emergencia, expandiendo sus facultades: resulta así que cuanto más ineficiente es un gobierno más facultades tiene. Tampoco se observó que esta figura es propia de los regímenes parlamentarios de la Europa continental, en los cuales el Poder Ejecutivo se mantiene en el poder mientras goza de la confianza del Legislativo expresada ésta por mayoría absoluta pero no calificada. De allí que, en aquellos países que lo admiten, cuando el Poder Ejecutivo emite un decreto que pretende rango legislativo, está jugando su permanencia en el poder. Muy distinta es la situación en un régimen presidencialista, en el cual el Ejecutivo no depende del consentimiento del Legislativo para continuar en el poder, salvo el caso extremo del juicio político que puede evitar con tener a su favor un tercio más uno de los miembros de una cualquiera de las Cámaras. Otorgarle a su titular, así inmunizado frente a la voluntad del Congreso, la

facultad de legislar, lo convierte en un súper poder. De allí que en los Estados Unidos no se la admita, particularmente en temas domésticos, tal como decidió su Corte Suprema en 1952 en el caso *Youngstown Sheet & Tube Steel* y ello pese a que, cuando se dictó el fallo, se hallaba en curso la Guerra de Corea y la cuestión –la intervención del gobierno en las acerías privadas ante una huelga del gremio– revestía importancia estratégica.

Por ello, la figura del decreto de necesidad y urgencia fue resistida por la mayoría de la doctrina constitucional argentina, fiel a las verdaderas fuentes de nuestra Constitución. Pero, por el contrario, gran parte de la doctrina administrativa, abrevando en el derecho público europeo, la aceptó. Cada nueva violación del principio cardinal de separación de los poderes se justificó con las circunstancias excepcionales que regían en ese momento, pero quedó de allí en más como una herramienta siempre a disposición del Estado para situaciones futuras, aun cuando las nuevas circunstancias no fueran tan apremiantes como las que motivaron originalmente dicho avance. La impaciencia institucional que llevó, en la década del ‘30, a crear juntas reguladoras y alterar el régimen de la moneda por decreto, tuvo lengua descendencia. Un pueblo que se fue acostumbrando gradualmente a que sucesivos poderes ejecutivos *de facto* ejercieran potestades legislativas, no opuso luego reparos a que las ejercieran gobiernos *de iure* democráticamente elegidos.

Apoyada así en copiosa doctrina administrativista, esta figura pudo ser introducida sin escándalo en la Reforma Constitucional de 1994. Y se la introdujo con un doble lenguaje típico de la novela “1984” de George Orwell: primeramente se la niega en términos categóricos para luego admitirla con límites más aparentes que reales.

Los resultados están a la vista: a partir de la reforma de 1994, el Poder Ejecutivo ha dictado un número de decretos de necesidad y urgencia casi igual a la mitad del número de leyes que sancio-

nó el Congreso. Éste, a su vez, ha consentido esta violación al principio de separación de los poderes al sancionar la Ley 26.122 que trata a esos decretos como verdaderas leyes, toda vez que se mantienen en vigor hasta que sean dejados sin efecto por votación de ambas Cámaras del Congreso y ello sin efecto retroactivo: lo mismo que ocurre con cualquier ley.

No se leerá en las páginas que justifican esta gravísima violación del principio de separación de los poderes la observación de William Pitt: “La necesidad es la defensa que se invoca para toda violación de las libertades individuales. Es el argumento de los tiranos. Es el credo de los esclavos.” La comparación con el fascismo nuevamente se impone: Mussolini hacía hincapié en la necesidad de que el Poder Ejecutivo tuviera potestades legislativas.

Hemos superado incluso a las fuentes europeas que citaba nuestra doctrina administrativista: la Constitución Italiana de 1948, vista la experiencia fascista, dispone que el decreto de necesidad y urgencia queda sin efecto, retroactivamente, si no es ratificado por el Parlamento dentro de los 60 días de su dictado. Obsérvese también la comparación con los Estados Unidos, donde una ley de 1976 autoriza al Presidente a adoptar medidas extraordinarias ante situaciones de emergencia, las que son frecuentes a raíz de los episodios militares internacionales en los que cada tanto se involucra ese país. Pues bien, un estudio reciente indica que, en 30 años de vigencia de esa ley, los Presidentes norteamericanos la invocaron solamente en 34 oportunidades. En una fracción de ese lapso, nuestros Presidentes dictaron, en conjunto, un millar de decretos de necesidad y urgencia.

Como consecuencia de la aceptación de los decretos de necesidad y urgencia en la Argentina nadie puede estar seguro de sus derechos: sin previo aviso, sin discusión parlamentaria, cualquiera puede ser privado de su patrimonio. La prueba más elocuente de ello es lo ocurrido en el año 2002 cuando la lectura del Boletín Oficial listaba cotidianamente aquellos créditos que se pesifica-

ban, se despesificaban y se volvían a pesificar, emulando así la lotería de Babilonia que describía Borges, en la cual se podía resultar premiado o castigado según los dictados de la suerte.

Pero existe una correlación más inmediata entre la economía y ciertas teorías en boga en nuestro derecho administrativo. Durante la mayor parte de los últimos setenta años el Estado argentino, recordando la figura del perro del hortelano, no invirtió en infraestructura, o lo hizo por montos insuficientes, pero tampoco creó condiciones favorables para que los particulares inviertan. Ya desde mediados del siglo XX se destacaba la falta de inversiones en infraestructura como una de las principales falencias de la economía argentina. Nuevamente son pertinentes las palabras de Alberdi: el gobierno, que se convierte además en empresario, “ni gobierna, ni gana, ni deja ganar a los particulares”.

Además, cuando el Estado invirtió lo hizo con gran ineficiencia: se ha estimado que en la construcción del parque de generación eléctrica entre 1970 y 1991 Argentina pagó por cada KW que instaló más del triple de los precios de mercado, pese a lo cual durante buena parte de esos años, por falta de inversión en mantenimiento, casi la mitad del parque de generación térmica estuvo indisponible. Ello se debió, en gran medida, a no haber dado a los funcionarios técnicos autonomía frente al sector político, desoyendo así las lecciones de Bielsa.

Además de la filosofía estatista predominante, el freno a la inversión privada en infraestructura tuvo apoyo en dos doctrinas jurídicas: la concepción de los servicios públicos como actividad que debe estar a cargo de la administración, y la potestad estatal de rescate de las concesiones considerada irrenunciable y aplicada tanto en materia de servicios públicos como de dominio público.

El derecho administrativo sirvió así de fundamental sostén a esta política estatista. En primer lugar, adoptó la concepción francesa del servicio público como actividad administrativa, prefirién-

dola a la noción norteamericana de industria privada regulada. Se interpretó la norma constitucional que autoriza al Congreso a otorgar “concesiones temporales de estímulo” como si impusiera la figura de la “concesión temporal”, considerando al monopolio de derecho como un estímulo en el sentido de esa norma, cuando no es sino el reconocimiento de la situación de hecho que deriva de las ingentes inversiones necesarias para prestar el servicio público. Pero aun quienes no cayeron en este error defendieron con distintos argumentos la temporalidad de la concesión.

Cómo se explica, con una Constitución inspirada por Alberdi que veía en la inversión privada en los hoy considerados servicios u obras públicas –canales, muelles, líneas de navegación, puentes y ferrocarriles– el principal motor del progreso –véanse las páginas que le dedica en su “Sistema Rentístico de la Confederación Argentina”–, cómo se explica, nos preguntamos, que la Corte Suprema definiera a la concesión de servicios públicos siguiendo a Otto Mayer, un autor alemán que escribía a fines del siglo XIX en épocas del Imperio Germánico, como “acto administrativo por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la administración pública”, facultándolo a “realizar actividades que como tales no serían accesibles para el individuo por su naturaleza misma.”

La necesidad de utilizar el dominio público para instalar cañerías o postes, o de expropiar para instalar líneas férreas, no convierte a la actividad que utilizará esas instalaciones en “administrativa”. La prueba la tenemos en el derecho norteamericano que nunca la ha considerado tal, pese a lo cual la ha regulado intensamente y aplica, en las tarifas, un sistema de “costo plus” que toma en cuenta, para fijarlas, los costos demostrables más un margen de ganancia razonable.

Hay aquí, pues, otra faceta de nuestro derecho administrativo que debe destacarse: el uso de doctrinas que dan al Estado más facultades de lo estrictamente necesario para proteger el interés

público, como ocurre con la pretendida titularidad estatal de los servicios públicos o, para citar otra doctrina autoritaria de reciente reaparición, las relaciones especiales de sujeción que recurre a la figura de “libertad restringida” para describir la situación de todo aquél que está regulado por el Estado. En lugar de *in dubio pro libertate* hemos preferido *in dubio contra libertate*.

La figura de la concesión de servicios públicos concebida de acuerdo con nuestra doctrina mayoritaria no pudo sino constituir –y sigue constituyendo hoy día– un plano inclinado que desemboca necesariamente en la gestión estatal, ya sea al final del plazo contractual o aun antes, merced a la potestad estatal del rescate. “Es de la esencia de la concesión su carácter temporal y precario” decía un clásico autor administrativista. No es ésta una base segura para atraer inversores genuinos ni tampoco para asegurar un adecuado nivel de inversiones durante los años finales de la concesión.

A esta concepción se la pretendió justificar ante la opinión pública con la cláusula que obliga al concesionario, al finalizar el plazo contractual, a traspasar al Estado todos sus bienes sin cargo, cláusula ésta que se presenta como muy conveniente para el interés público. Lo que se silencia es que esta regla obliga a cobrarles a los usuarios un suplemento tarifario para permitir al concesionario recuperar el valor de aquellos de sus bienes que al término de la concesión no están totalmente amortizados. Dicho en términos sencillos, esta cláusula, aparentemente tan severa para el concesionario, significa que los usuarios –a través de una mayor tarifa– le regalan al Estado los bienes que el concesionario abandona al finalizar el contrato.

Pero además de adoptar la concepción francesa de la concesión de servicios públicos, en la década de 1930 se popularizaron en nuestro país las ideas de Gastón Jèze quien, al visitar Argentina, expuso su visión democrática –por oposición a la contractual– de la concesión, que permitía a la administración apartarse de las

cláusulas contractuales que regulaban la tarifa, invocando razones de interés público. Esta visión tuvo entusiasta acogida entre nosotros y se plasmó en una ponencia aprobada por la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados celebrada en 1936 y que constituye, aún hoy, la más ajustada descripción de las reglas que, en nuestro país, rigen la concesión de servicios públicos. No se reparó en el hecho que, según André de Laubadère, quien escribió medio siglo después, el Consejo de Estado nunca aceptó las ideas de Jèze y mantuvo el carácter inmodificable de las tarifas, un ejemplo más de las ideas de avanzada que se originan en Francia y que los países subdesarrollados adoptamos con entusiasmo, pero que los franceses son demasiado serios y responsables como para aplicarlas en su propio país.

Roto así el anclaje contractual pero sin que se les aplicaran tampoco, en la práctica, las reglas del “cost plus” de los *public utilities* norteamericanos, el péndulo pasó al otro extremo y los concesionarios quedaron a merced del Estado. Para ello se invocaron repetidamente las enseñanzas de Jèze que hemos mencionado, pero silenciando los párrafos en que dicho autor sostiene que el ejercicio de esa potestad conlleva la obligación del Estado de pagar al concesionario un subsidio equivalente a la pérdida que así se le ha infligido.

Inútiles fueron las advertencias de los autores nacionales sobre la necesidad de respetar los derechos de los concesionarios, fundamentalmente el derecho al mantenimiento de la ecuación económica del contrato. El mensaje que caló hondo en los hombres políticos fue el del predominio del interés público por sobre el interés del concesionario, que debía estar subordinado a aquél. La justicia dio una respuesta tardía, cuando la dio, a los reclamos de los concesionarios: casi 20 años demoró en llegarse hasta el fallo reparador de la Corte Suprema en el caso de la *Compañía Argentina de Tranvías*, cuyo capital había sido destruido en la década de 1940 por el efecto combinado del congelamiento de las

tarifas y los sucesivos aumentos de sueldos de sus empleados otorgados por las autoridades de entonces. Plus ça change...

En segundo lugar, el derecho administrativo expandió la noción del dominio público más allá de textos legales expuestos, hasta el punto de incluir dentro de ella a bienes que el inciso 4° del artículo 2342 del Código Civil enumera expresamente entre aquellos que componen el dominio privado del Estado: “Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado ...” Como de acuerdo con la doctrina mayoritaria todo bien del Estado afectado a un servicio público integra el dominio público, la referencia a los ferrocarriles que integran el dominio privado del Estado debería entenderse limitada a aquéllos que, por no llevar pasajeros ni carga del público, no constituyen un servicio público sino que prestan servicios internos a una actividad estatal.

Destacamos esta curiosa interpretación que priva casi totalmente de aplicación a la norma, detalle minúsculo, si se quiere, pero que revela otra característica permanente en nuestro derecho administrativo: toda teoría que aumente la cobertura de las nociones de ese derecho es “políticamente correcta” y, como tal, deviene indiscutible como un dogma.

Y sobre ese dominio público así expandido se dificultaron las inversiones genuinas con una defensa a ultranza, nuevamente, de la potestad estatal de rescate. Esta potestad de rescate que en Francia se le reconoce a un Estado solvente y ordenado, que respeta el principio de continuidad del Estado más allá de la sucesión de gobiernos de diferente signo político, y cuyo ejercicio exige indemnizar incluso el lucro cesante, cuando la facultad no está expresamente prevista, se le otorgó en nuestro país a un Estado que no ha reunido ciertamente esas características ni reconoce similares derechos a sus concesionarios.

Obsérvese que en la Ley Chilena de Concesiones Viales la potestad de rescate no existe. Chile ha podido así recibir ocho mil millones de dólares de inversiones para construir un sistema de

autopistas que cubre ya gran parte del país y espera recibir otro tanto en los próximos años para distintas obras públicas.

Fue así como, entre la inestabilidad de la concesión de uso del dominio público y la precariedad de los permisos, los puertos argentinos padecieron por décadas la falta de inversiones. Fue la aparición de los puertos privados, admitida primero casi clandestinamente a fines de la década de 1970, lo que permitió llevar a cabo las ingentes inversiones necesarias para exportar eficientemente nuestra producción agrícola, al punto tal que hoy día la mayor parte de la cosecha se embarca a través de instalaciones privadas.

Existen más ejemplos de la ampliación indebida de las potestades estatales a través del derecho administrativo. Uno de ellos puede verse en las definiciones del contrato administrativo que proponen nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia y que son más amplias, en su cobertura, que las que prevalecen en el derecho francés. También son más gravosas para el contratista del Estado las consecuencias que, en la Argentina, derivan de la inclusión de un contrato en esa categoría. A diferencia de lo que ocurre en Francia y en España, la rescisión o modificación unilateral del contrato por razones de conveniencia pública no lleva aparejada la obligación de indemnizar el lucro cesante.

Otro ejemplo es la concepción amplísima de acto administrativo que se ha impuesto entre nosotros y que lleva a considerar tal a toda decisión de un funcionario público, aunque no constituya el ejercicio de una potestad legalmente conferida, decisión que, en consecuencia, queda consentida y deviene inatacable si no se la impugna dentro de los quince días de dictada. De una sociedad obligada a cumplir sólo lo que la ley manda hemos pasado a ser una sociedad obligada a cumplir todas las órdenes de los funcionarios emitidas con o sin base legal. Hemos dejado aquí de lado el modelo francés, dado que en ese derecho el acto dictado sin ninguna base legal se reputa inexistente y puede ser impugnado en cualquier momento.

¿Y qué decir de la revocación de sus propios actos por la administración, que en Francia, en principio, y por razones de seguridad jurídica, sólo es posible durante los cuatro meses siguientes al dictado del acto, pero que en nuestro país no tiene límite de tiempo cuando se alega –como siempre lo hace nuestra administración– una nulidad absoluta?

Habiendo exagerado los rasgos de su modelo francés, no es de extrañar que un miembro del Consejo de Estado, en una ocasión describiera verbalmente –pero por tal razón más sinceramente– a nuestro derecho administrativo como una caricatura del derecho administrativo francés.

¿Qué consecuencias tuvo entonces la evolución del derecho administrativo que hemos descripto?

La consecuencia más nociva de este derecho administrativo elefantiásico y opresivo es la gradual desaparición de la seguridad jurídica como valor digno de respeto, particularmente cuando se trata del derecho de propiedad de las empresas privadas. La posibilidad, en todo momento, del rescate de la concesión, cuando no de la revocación de los actos que dieron origen al contrato alegando su ilegitimidad, conspira contra las inversiones a largo plazo que requiere la modernización de nuestra infraestructura.

Nuestro derecho administrativo evidencia hoy una curiosa bifurcación. Los mismos tribunales que velan celosamente por los derechos de las personas físicas frente a las conductas ilegítimas de la administración, aun las meramente omisivas, y que han llevado a nuestro país a un lugar destacado en el concierto internacional en esa materia, convalidan o toleran conductas igualmente violatorias de la Constitución y de la ley, cuando se dirigen contra sociedades privadas. Los dueños de esas sociedades reaccionan callada pero elocuentemente: reducen sus inversiones en el país, llevan sus capitales al exterior intentando ponerlos al abrigo de la arbitrariedad estatal, y finalmente venden sus empresas a em-

presarios menos escrupulosos o a inversores extranjeros. Y no es que estos últimos tengan una visión más optimista de nuestra realidad que los empresarios nacionales: simplemente los extranjeros arriesgan una fracción menor de su patrimonio total, mientras que nuestros empresarios honestos no pueden soportar la presión psicológica de estar continuamente arriesgando la casi totalidad de sus bienes, frente al cambiante humor de las autoridades y la desprotección efectiva en que los coloca nuestro sistema jurídico.

Además, el derecho administrativo así desarrollado tuvo, y tiene, fuertes connotaciones autoritarias. Ello no podía ser de otro modo, ya que durante gran parte de los últimos setenta años el Estado ha legislado en contra de las leyes del mercado y pretendido que sus habitantes sigamos conductas irracionales y contrarias a nuestros intereses individuales. Controles de cambios y de precios, prohibiciones de importar y exportar, obligación de invertir, fabricar y vender aun a pérdida, fueron y siguen siendo medidas que reaparecen continuamente en nuestra historia económica y que sólo pueden sostenerse con sanciones draconianas. El ejemplo más notorio fue el de la moneda: durante el curso de mi vida la moneda argentina perdió 13 ceros. Si no se hubieran quitado esos ceros, una taza de café costaría hoy cien billones de pesos en nuestra nomenclatura numérica, o cien trillones en la nomenclatura anglosajona. Y ese Estado que falló tan gravemente en uno de sus roles fundamentales, que es el de dar a sus ciudadanos una moneda confiable, pretende convertir en delito todo intento de los particulares de refugiarse en una moneda verdadera.

Otra de las consecuencias deletéreas de la evolución de nuestro derecho administrativo ha sido la correlativa destrucción de valores en el sector privado. Si se establecen mecanismos artificiales que violan las leyes básicas del mercado se crea un incentivo enorme para quienes pueden violarlas impunemente y se castiga a quien cumple escrupulosamente la ley. Y si se priva a los particulares de remedios jurídicos para defenderse frente al Esta-

do, recurrirán a otros y, de ellos, el más frecuente es la corrupción. Lo que otrora era excepcional se convierte finalmente en la regla. Se construye así un círculo vicioso en el cual los defectos de una de las partes se usan para defender, y en definitiva acrecientan, en nociva retroalimentación, los defectos de la otra.

Las palabras de Marienhoff sobre la moral y la buena fe como bases fundamentales del derecho administrativo parecen haber caído en el olvido. La aplicación práctica de nuestro derecho administrativo se caracteriza cada vez más –para decirlo en palabras de Giuseppe di Lampedusa– por “esa rapidez de ingenio que en Sicilia usurpa el nombre de la inteligencia”. La sorpresa, la astucia, la violación no ya de legítimas expectativas sino de la palabra empeñada, son medios hoy día aceptables para alcanzar un fin que se define como patriótico simplemente porque lo desea el gobierno de turno.

Podemos entonces adelantar una conclusión acerca de la interrelación entre el derecho administrativo y nuestra decadencia económica. No ha sido ese derecho su causa, sino más bien lo ha sido la filosofía estatista, favorecida por gran parte de nuestros gobernantes y apoyada por la opinión pública mayoritaria, que ha inspirado gran parte de nuestras políticas económicas. Por eso un comentarista reciente califica a la Argentina como “uno de los casos más interesantes de fracaso económico culturalmente inducido que se ve en la escena mundial”. En este contexto, el derecho administrativo no ha actuado como freno sino como justificador, primero, y acelerador después, de esas políticas al potenciar las facultades del Estado y limitar gradualmente las defensas jurídicas con que cuentan los particulares afectados.

En uno de sus cuentos cortos, Víctor Hugo narra un episodio ocurrido en un buque de guerra, los que, en la época en que transcurre la historia, eran de madera y a vela. Mientras la nave está en alta mar, se desata un cañón montado sobre ruedas, se aparta de la cañonera por la cual asomaba y comienza a rodar de un lado

para otro de la nave, con cada movimiento de las olas, destrozando todo lo que encuentra a su paso. Ese cañón, que debiera servir de defensa de la nave frente a los ataques exteriores, se convierte entonces –al desatarse– en una máquina de destrucción interna.

La actuación del Estado argentino a partir de mediados del siglo XX es comparable con la del cañón de la historia: las amarras, que debieron haberlo sujetado pero no lo hicieron, fueron las reglas y principios del derecho constitucional. Los vaivenes de nuestras cambiantes políticas económicas fueron las olas que hicieron rodar al cañón de un lado al otro de la nave. Y lo que le dio a ese cañón el peso que hizo irresistible su acción destructora interna fue el derecho administrativo.

Somos una nación aún joven y nuestra democracia lo es más aún. Los tropiezos son inevitables. Para comenzar a superarlos debemos recuperar el orgullo por nuestras instituciones. Y para ello nada mejor que recordar que contamos con una jurisprudencia constitucional, obra de nuestra Corte Suprema, que pronto va a cumplir 150 años. Muy pocos países en el mundo pueden mostrar similares pergaminos. En el mismo sentido, podemos también mencionar dos aspectos en los cuales el derecho administrativo argentino se adelantó –y continúa en gran medida adelantado– al de países en cuyos sistemas se inspiraron nuestros legisladores y jueces: la posibilidad de demandar al Estado ante los tribunales y la responsabilidad aquiliana de la administración.

En efecto, el vacío inicial que dejaban, por un lado, el inexistente modelo norteamericano, y por el otro el modelo francés no plenamente compatible con nuestra Constitución, no impidió el progreso de nuestro derecho público en el primer tercio del siglo XX. Ya en 1900, la Ley de Demandas contra la Nación había eliminado en gran parte el obstáculo de la inmunidad soberana, esa doctrina infaustamente tomada de la jurisprudencia norteamericana-

na y tan injustificada allá como aquí. En 1932 se completó la eliminación del requisito. Fue así como nos adelantamos casi medio siglo a la evolución del derecho norteamericano, el cual, más allá de excepciones limitadas, recién en 1976 eliminó con carácter general, pero aún hoy no total, la doctrina de la inmunidad soberana como obstáculo para la promoción de demandas contra el Estado federal.

No está demás recordar, ante la admiración que siempre ha despertado entre nosotros el derecho administrativo francés, que este régimen tradicionalmente negó la posibilidad de hacer efectivas las sentencias del Consejo de Estado contra la administración. Así lo destacó Rivero en un satírico artículo en el cual sacó a relucir el hurón de una tribu canadiense que, con similar sentido del humor, había utilizado Voltaire doscientos años antes. Fue recién en 1995, o sea hace menos de dos décadas, que en Francia se permitió la ejecución de las sentencias de sus tribunales administrativos contra el Estado, un paso que nuestra Corte Suprema dio en 1966, 30 años antes que Francia, con el caso *Pietranera*.

Otro considerable avance que se produjo a partir de esa misma década de 1930 fue la admisión de la responsabilidad aquiliana o extracontractual del Estado, primero cuando actuaba como persona de derecho privado y posteriormente cuando lo hacía como titular de funciones públicas. Para ello le bastó a la Corte Suprema con invocar las normas del Código Civil que, en correlación con otras normas del mismo Código, expresamente se declaraban aplicables a los daños causados por los hechos y omisiones de los funcionarios públicos por no cumplir sino irregularmente las funciones que les habían sido encomendadas. No fue óbice para ello ninguna doctrina de derecho público atento a lo incipiente de nuestro derecho administrativo en esa época. Compárese lo ocurrido en España, donde por aplicación del prurito de la especialidad de este derecho, como señala García de Enterría, los tribunales rehusaron admitir la responsabilidad extracontractual del Estado con base en

su Código Civil, pese a contener éstas normas que la podrían haber fundamentado, y donde tuvo que esperarse hasta 1954 para que se dictara la ley de expropiación forzosa que admitió dicha responsabilidad con gran amplitud y acierto. Y compárese también con el derecho norteamericano que continuó aferrado a la teoría de la responsabilidad exclusiva del funcionario público, con la consecuente irresponsabilidad del Estado federal, hasta la sanción en 1946 de una ley que admitió la responsabilidad estatal, bien que con limitaciones que nunca han existido entre nosotros gracias a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

Es paradójal que hoy estemos tirando por la borda estas conquistas: en el proyecto de nuevo Código Civil que en estos momentos está siendo tratado por el Congreso, la responsabilidad extracontractual del Estado deja de estar regida por sus normas y pasará a regularse por el derecho administrativo. Y dado que éste es de carácter local, ello significa que tanto la Nación como cada una de las provincias podrán legislar al respecto, como se encarga de aclararlo la norma respectiva del proyecto. Es de desear que esta regla se modifique antes de ser sancionada. De lo contrario, quedará tan sólo la esperanza que el crónico déficit de las finanzas públicas, nacionales y provinciales, no lleve a reducir la protección que ochenta años de jurisprudencia de la Corte Suprema han construido para los particulares agraviados en sus derechos por los hechos y actos ilícitos de la administración.

Es interesante destacar que en ambos casos, tanto en lo que concierne a la posibilidad de demandar al Estado como en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual de la administración, quienes tomaron esas decisiones que las admitían, el legislador en el primer caso y la Corte Suprema en el segundo, fueron originales e innovaron frente a los derechos que nos sirvieron de modelo. Al así hacerlo actuaron en defensa de los derechos individuales con la confianza de estar defendiendo también, de esa manera, los más altos intereses del Estado. En eso consiste la inteligencia, la

cual, a diferencia de la astucia, aprecia el mayor valor que se obtiene, a largo plazo, con la vigencia plena del Estado de Derecho y sacrifica la ventaja inmediata que las arcas públicas obtendrían al inmunizarse al Estado frente a los reclamos de los particulares.

Seamos, pues, conscientes de nuestros logros. Seamos también conscientes de nuestros errores. Con estos últimos frecuentemente se aprende más que con los aciertos, en la medida en que existan tanto la percepción de su existencia como la voluntad de corregirlos.

En momentos de crisis institucional como los que estamos viviendo no es fácil ser optimista. Pero si miramos en derredor deberíamos serlo: nuestros principales vecinos han encarado políticas de estado racionales y modernas, con continuidad pese a la alternancia de gobiernos de diverso signo político, y están hoy recogiendo los frutos de esa perseverancia. No debiera pasar mucho tiempo sin que nuestra dirigencia política advierta el contraste entre su crecimiento y nuestra realidad económica cada vez más acuciante, para entonces corregir el rumbo. Algún día respetaremos todos los derechos y no sólo aquéllos que no se oponen a los planes del gobierno de turno.

Cuando ello ocurra, deberemos repensar no sólo nuestra ideología económica sino también nuestras doctrinas y valores jurídicos, y particularmente nuestro derecho administrativo. Esta exhortación puede parecer utópica. Más utópico es creer que, sin modificarlo, podremos avanzar hacia metas de progreso económico acordes con el alto nivel cultural de nuestro pueblo y con el rango que, por dicho nivel y por nuestros recursos naturales, debiéramos tener entre las naciones más adelantadas del mundo.

Debo destacar tres fuentes importantes para este trabajo: el artículo “Circulación internacional de saberes jurídicos y formación del estado: Argentina, 1860-1930” de Eduardo Zimmermann presentado en el Programa de Postgrado en Derecho, Ciclo de Debates em História do Direito: “Literatura Jurídica Europeia entre Brasil e Argentina: Recepção ou Leituras Autônomas?”, Porto Alegre, 3-5 de noviembre de 2011; el libro “Reversal of Development in Argentina”, de Carlos H. Waisman (Princeton Univ. Press, 1987) y el capítulo “Business, government and law” de Sergio Berensztein y Horacio Spector en el libro “A New Economic History of Argentina”, ed. Gerardo della Paolera & Alan M. Taylor (Cambridge Univ. Press, 2003).