

EMERGENCIA Y EMPLEO PÚBLICO: UNA DISTORSIÓN IDEOLÓGICA EN LA TEORÍA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS DERECHOS SOCIALES.

Por Luis Federico Arias

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTEXTO POLÍTICO - ECONÓMICO DE LA EMERGENCIA. 3. LA EMERGENCIA Y LOS JUECES. 4. CIENCIA DEL DERECHO E IDEOLOGÍA. 5. EMERGENCIA, RAZONABILIDAD E IDEOLGÍA. 6. EL EMPLEO PÚBLICO: UNA DISTORSIÓN IDEOLÓGICA EN LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 7. EPÍLOGO.

*Quae volumus, ea credimus libenter
(creemos fácilmente lo que deseamos que sea cierto)
Julio César¹*

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis del derecho vinculado a la ideología, entendida como un sistema de conceptos y creencias que resguarda los intereses de un grupo o un individuo, parece poco conducente en ámbitos jurídicos. Pareciera que la formación impartida en otros tiempos a los abogados nos hubiera cercenado la capacidad de análisis de toda otra cuestión ajena a la dogmática del derecho, empobreciendo la mirada sobre el objeto de nuestra disciplina: la conducta humana. Lo anteriormente expuesto no implica desdeñar los enormes aportes del iuspositivismo, sino su utilización como un modo de neutralizar el abordaje de los aspectos que aportan mayor riqueza al conocimiento jurídico. Tal vez, por una cuestión ideológica no nos fue permitido el análisis ideológico del derecho, bajo la invocación de una pretendida puridad metodológica que, a modo de lobotomía² de la razón, secciona y excluye del objeto jurídico toda cuestión que pueda comprometer o "contaminar" el enfoque normativo de nuestra disciplina.

¹ Cita extraída de STARK, Werner, "Los antecedentes de la sociología del conocimiento", en HOROWITZ, Irving Louis, "Historia y elementos de la sociología del conocimiento", Eudeba, 3ra. Ed., Buenos Aires, 1974, pág. 5. Agradezco a la Dra. Sandra N. Gralh el material antes citado que fuera por ella aportado para contribuir al esclarecimiento de mis perplejidades.

² La lobotomía es una técnica quirúrgica de destrucción o extirpación de los lóbulos prefrontales de la corteza cerebral para el tratamiento de pacientes con una enfermedad emocional grave. Fue dejada de usar a fines de la década de 1940, pues transformaba a los pacientes en sujetos inertes y desprovistos de toda iniciativa. Entre las víctimas más famosas de la lobotomía, está el caso de Frances Farmer, bella y joven actriz hollywoodense cuyo naturaleza independiente y simpatía por las ideas de izquierda, junto a su afición a las drogas y al alcohol, fueron caldo de cultivo para el escándalo y su infortunio. Después de haber sido brutalmente maltratada a través de electroshock y violada en los hospitales donde se le internó, cayó en manos del Dr. Freeman, afamado cultor de aquellas prácticas. Considerándola como su paciente favorita, Freeman solía mostrar a sus amigos una foto de ambos: ella recostada en una camilla y él clavándole el picahielo (instrumento con el que se realizaba la lobotomía). Después de ser lobotomizada, a diferencia de oportunidades anteriores en que huyó de los sanatorios o engañó a sus médicos haciéndoles creer que estaba "curada", esta vez Frances no pudo escapar. El cercenamiento de su cerebro, había modificado su personalidad. Nunca volvió a ser la misma: su carácter rebelde por fin había sido vencido.

Estas líneas surgen de ese malestar teórico, y tienen por único objetivo exhibir la problemática así planteada, como un intento de desenmascarar el predominio de ideologías e intereses políticos en la labor de los operadores y científicos del derecho, centrando el análisis en la relación de empleo público frente al derecho de la emergencia, que ofrezco como ejemplo para mostrar ciertas incongruencias teóricas y prácticas atribuidas a factores ideológico-políticos.

2. EL CONTEXTO POLÍTICO - ECONÓMICO DE LA EMERGENCIA.

2.1. La Argentina del siglo XX se caracterizó –salvo breves interregnos– por el sistemático quebrantamiento del estado democrático de derecho. Pero, como paradoja de ese tiempo, el derecho de la emergencia –tal vez como un resabio de épocas dictatoriales– se afianzó durante las últimas décadas de gobiernos democráticos, con el propósito de limitar, alterar o diferir el goce de los derechos individuales y sociales reconocidos por el ordenamiento jurídico y, en definitiva, para menguar la vigencia del estado de derecho³. Claro está que ese cercenamiento no hubiera sido posible sin la anuencia de los restantes poderes, y en especial del poder judicial, que lo convalidó delineando los contornos de aquel instituto no previsto en el plexo constitucional. Ello, a su vez, fue logrado mediante el reclutamiento de los miembros de los poderes del Estado alcanzado por el partido gobernante, como consecuencia del apoderamiento del sistema electoral y de los sucesivos cambios en la integración de la Corte.

El Poder Legislativo, en su calidad de institución política de origen popular, encargado de orientar la política del Estado fue perdiendo progresivamente su rol, declinando sus funciones a favor del Ejecutivo, mediante sucesivas delegaciones que dejaron en manos de este último la conducción del Estado, al punto que, si es que no renunció a sus atribuciones constitucionales, por lo menos consolidó la democracia delegativa⁴.

Se observa además, un desplazamiento de las decisiones políticas desde los organismos formalmente competentes a la trastienda de los acuerdos informales y de los convenios y pactos entre partidos⁵ para el logro de objetivos no siempre lícitos y legítimos con las consecuencias por todos conocidas⁶.

Al debilitamiento de del Congreso, como institución política conviene agregar la astenia del Poder Judicial, cuya independencia se vio siempre opacada

³ GORDILLO, Agustín, "El estado de derecho en estado de emergencia", LL 2001-F, 1050.

⁴ GELLI, María Angélica, "Doctrina de la Emergencia Económica y el Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino", en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), "Emergencia pública y reforma del régimen monetario", Buenos Aires, LL 2002, pág. 45.

⁵ v. HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y Validez", Ed. Trotta, Madrid, 1998, pág. 519.

⁶ Un ejemplo de ello es la sanción de la Ley Nº 25.250 de reforma laboral, cuya aprobación levantó fundadas sospechas de sobornos pagados por el Ejecutivo a algunos de los miembros del Senado para obtener su adhesión.

en la práctica por la vinculación de sus miembros a los sectores políticos predominantes que luego ejercieron un control absoluto sobre los mismos⁷.

En definitiva, la lealtad a la clase política y al partido logró prevalecer sobre el sentido de pertenencia y la necesaria identificación de sus miembros con las funciones y responsabilidades del órgano del Estado en el que se hallan insertos. En este contexto, fácil es comprender la propensión de los miembros de los altos estamentos del Poder Judicial, a la protección de los intereses del poder político.

Los fundamentos del dictamen del Procurador de la Corte en el caso "Peralta" (La Ley, 1991-C, 158), - reiterados parcialmente en el fallo- constituye un claro ejemplo de lo expuesto, en tanto convalidó la expansión de las facultades del Ejecutivo al señalar que, al igual que los decretos leyes de los poderes de facto, los decretos de necesidad y urgencia mantienen su primigenia validez hasta que el Congreso no los derogue de manera expresa. De ese modo, los tres poderes, de consuno, obraron en una misma dirección: el Ejecutivo asume facultades del Congreso, el Legislativo consiente por omisión, y el Judicial convalida.

2.2. Por su parte, no ha de perderse de vista que el abandono de la fuerza represiva de los gobiernos militares vino acompañada de la no menos compulsiva intervención de los organismos de crédito internacionales que, al influjo de la globalización, lograron imponer en América Latina diversos "planes de ajustes" que se convirtieron en la antesala de las "emergencias"⁸. Se ha señalado así, aunque desde otra perspectiva, que el fundamento de todo esto es producto de

⁷ BREWER-CARIAS, Allan Randolph, "Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países de América Latina", RAP Nº 79, pág. 13

⁸ "En los años setenta la deuda de América Latina era de alrededor de 60.000 millones de dólares. En 1980 había llegado a los 200.000 millones. He aquí el resultado de unas muy explícitas políticas del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) que estimularon a los bancos a hacer grandes préstamos y a los países a aceptarlos. Sus teorías económicas aseguraron a todos que los resultados serían óptimos. Esas recomendaciones siguieron siendo las mismas prácticamente hasta el día en que México cayó y el sistema latinoamericano se colapsó. Hasta entonces el Banco Mundial y el FMI aconsejaban con insistencia que se siguieran concediendo préstamos. En 1990 la deuda había pasado de 200.000 millones de dólares a alrededor de 433.000; a finales de 1999 se esperaba que llegara a alrededor de 700.000 millones de dólares. Mientras tanto, entre 1982 y 1996, alrededor de 740.000 millones de dólares se han devuelto a los bancos del norte y a las instituciones financieras internacionales como pago de la deuda. En 1999, sólo el servicio de la deuda alcanzó los 120.000 millones. Echen ustedes una ojeada a esas cifras. Está claro que la deuda nunca podrá pagarse. Es imposible pagarla. No deja de crecer y representa una fuga de capitales cada vez mayor de los países pobres a los países ricos, y esa situación se mantendrá y empeorará sin que se produzca ningún cambio." (CHOMSKY, Noam; "Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales"; Ed. Paidós, Buenos Aires, 2001, pág. 127). En la Provincia de Buenos Aires, al 30 de junio de 2003 la deuda pública registró un valor de \$ 25.593,6 millones (conf. al "Informe de Gestión de la Deuda Pública", Año II, Número 8, Sep. 2003, producido por el Ministerio de Economía de la Prov. de Buenos Aires). Este valor, que se acerca al doble del total de las Erogaciones Corrientes y de Capital del Presupuesto General de la Administración Provincial para el Ejercicio 2004 previsto en la suma de \$ 13.029,8 millones (Ley 13.154, B.O. del 30 de diciembre de 2003), está integrado en su mayoría por bonos de distintas emergencias, canje de la deuda, y obligaciones con organismos internacionales.

una ideología que, aunque respetable, no logra ocultar que la globalización, así planteada, no es más que la proliferación "de redes financieras mundiales".⁹

Conviene aclarar que las expresiones "globalización" y "emergencia" son términos valorativamente neutros: se puede estar a favor o en contra, de conformidad al contenido que a ellos se le asigne en un contexto temporal, espacial o discursivo determinado. Lo cierto es que, así como están planteados, según el uso corriente que se les atribuye, son *términos impostores*, pues no denotan su verdadera acepción, sino que encubren otro tipo de significado: (*la palabra persecución no está en el diccionario de los perseguidores*¹⁰). Lo cierto es, que "esta" globalización, la que nos toca padecer, la que aglutina al poder mundial y se institucionaliza en organizaciones que se posicionan por encima de las naciones, e inciden en sus políticas públicas, es insostenible, puesto que conduce a la ruina de los países pobres¹¹.

Es por ello que las últimas emergencias, a diferencia de las de otros tiempos, que estaban orientadas al auxilio de sectores de menores recursos; procuraron el equilibrio presupuestario privilegiando el pago de los acreedores externos, a quienes se los aventajó frente al cumplimiento de prioritarias obligaciones en materia de gasto social¹².

2.3. A la par que se verificó una incesante concentración de poder fronteras adentro, con un estrecho margen de autonomía e independencia hacia el mundo, la Argentina registró vergonzosos índices de corrupción. Durante las últimas décadas del siglo pasado, la retórica de la "anticorrupción" y las normas

⁹ ADRIANO, Alejandro; "La falacia del Estado neutral (A propósito de los marcos regulatorios de servicios públicos y sus entes)"; LL 2001-B, 1029

¹⁰ v. BENTHAM, Jeremías, "Tratado de los sofismas políticos", ed. Leviatán, Buenos Aires, 1986, pág. 165.

¹¹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, explica que "El informe más importante de la reunión del G-8 –se refiere a la reunión de Génova– fue elaborado por quienes no estuvieron allí, por los ministros de finanzas de los siete países más ricos. Ese informe, titulado 'El alivio de la deuda y más allá de ella,' revela la contradicción insanable entre la economía neoliberal y el bienestar de la mayoría de la población mundial. Al reconocer que ese bienestar depende hoy del alivio de la deuda externa de los países más pobres, el informe proclama el éxito de la iniciativa que en ese sentido se ha aplicado a 23 países y asegura que, a mediano plazo, la sostenibilidad de la deuda depende de la mayor integración de esos países en el comercio mundial. Sin embargo, el mismo informe afirma que la participación de los países menos desarrollados en el comercio mundial disminuyó en la última década y por eso dichos países empobrecieron. Ahora bien, dado que no se propone en el documento nada radicalmente nuevo para cambiar ese estado de cosas, la hipocresía no puede ser mayor: se impone como solución a la mitad de la población mundial lo que se reconoce que ha sido hasta ahora su problema. Y la hipocresía alcanza el paroxismo cuando se habla de las pandemias (HIV/AIDS, malaria y tuberculosis) que afligen a los países menos desarrollados. Después de reconocer que estas enfermedades matarán a 15 millones de personas cada año, se insiste en que la producción de medicamentos más baratos debe hacerse sin violar los derechos de propiedad intelectual de las multinacionales farmacéuticas. (http://www.alainet.org/active/show_text.php?key=1383).

¹² BOTASSI, Carlos; "Emergencia y Derechos Adquiridos"; en Revista de Derecho Público, 2002-1, "La Emergencia Económica", Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 65. Véase asimismo, "Emergencia y Derecho Administrativo. El caso de la Provincia de Buenos Aires" en "El derecho administrativo de la emergencia, I", Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As, 2002, pág.72.

dictadas para combatirla, han crecido en forma inversamente proporcional a los hechos de esa naturaleza registrados en el país.

A fines de la década del setenta ya se advertía sobre la existencia de lo que se dio en llamar la "Kleptocracia" de los países de América Latina¹³. En diciembre de 1990, la "Comisión para la Recuperación Ética de la Sociedad y el Estado", dependiente de la Vicepresidencia de la Nación, a cargo del Dr. Eduardo Duhalde, presentó las conclusiones de su trabajo en un documento denominado "Recomendaciones elevadas al Poder Ejecutivo Nacional". Su contenido consistió en un conjunto de pautas plasmadas en un anteproyecto de ley, elaborado por reconocidas figuras del medio académico y cultural.

Desde el Poder Ejecutivo, el entonces presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, el 24 de enero de 1991, pronunció su discurso sobre "Emergencia Moral". Allí, destacó que su gobierno "se ha encargado de poner este problema (la corrupción) sobre la mesa de debate, sin hipocresías, y con la firme convicción de combatirla a fondo".

Entre 1996 y 1997, la mayor parte de las naciones de occidente y algunas de oriente firmaron compromisos expresos contra la corrupción. En 1996 lo hicieron 22 países de América con la Convención Interamericana Contra la Corrupción. En 1997, casi toda Europa, varios países de América y de Asia, firmaron la Convención para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Transnacionales.

En 1997 la ley 24.759 ratificó la citada Convención Interamericana Contra la Corrupción. En 1999 el Poder Ejecutivo Nacional aprobó, por medio del Decreto 41/99, el Código de Ética de la Función Pública. Durante 1999, en cumplimiento del artículo 36 de la Constitución Nacional, se sancionó la ley 25.188 y, más recientemente, en el año 2000, a través del Decreto 229, se creó el "Programa Carta Compromiso con el Ciudadano".

Sin embargo, el "Índice de Percepción de la Corrupción" de "Transparencia Internacional", que es desarrollado sobre la base de sondeos y encuestas que buscan medir el soborno en el sector público, arrojó para Argentina, los siguientes resultados¹⁴:

Año	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
IPC	5.24	3.41	2.81	3.0	3.0	3.5	3.5	2.8	2.5

¹³ BREWER-CARIAS, Allan Randolph; op. cit., pág. 26

¹⁴ fuente: http://www.tilac.org/ipc_2002.htm

Sin perjuicio del cuestionamiento que pueda realizarse respecto de la metodología empleada en la elaboración de esos índices, intuyo que los mismos no difieren demasiado de la sensación generalizada que existe entre los habitantes de esta castigada región.

Esto demuestra, como bien se ha señalado¹⁵, que el fracaso de la normativa penalizadora de la corrupción y de los organismos de control no hace más que ratificar una realidad sobradamente conocida: el derecho, por sí solo, no es capaz de variar la conducta de los gobernantes. "Por esa razón, es necesario encarar el problema con otro enfoque. Aquel que privilegia el sentido histórico de las ciencias sociales y asume sin cortapisas que la norma no basta, como no basta la existencia de docenas o centenares de organismos de control"¹⁶. Ese enfoque, sin embargo, no debe prescindir del contexto económico, social y político para alcanzar una "comprensión" totalizadora del fenómeno de la emergencia, al cual se arriba con el aporte de las restantes disciplinas sociales que permitan lograr un conocimiento organizado de la realidad social, como suma total de los objetos y sucesos dentro del mundo social y cultural, tal como lo experimenta el pensamiento de sentido común de los hombres que viven su existencia cotidiana entre sus semejantes, con quienes los vinculan múltiples relaciones de interacción¹⁷.

Desde esta perspectiva del hombre común, se advierte también que frente a verdaderas situaciones de emergencia, como la ocurrida con las inundaciones del río Salado en la Provincia de Santa Fe, la sociedad civil auto-organizada ha sacrificado parte de sus bienes con el fin de lograr algo de alivio a los damnificados haciendo llegar su asistencia aún antes que las autoridades públicas, sin que ninguna norma de "emergencia" haya ordenado compulsivamente esa conducta. ¡Vaya paradoja! Normas sin eficacia y efectividad sin normas –al menos formales-. Algo está pasando en esta sociedad! Imaginemos ahora que frente a esa lamentable calamidad, el Congreso –verbigracia- hubiera ordenado un descuento a los agentes de la Administración pública cuyos ingresos netos superen determinada cantidad de pesos, para la creación de un fondo especial destinado a hacer frente a esa situación. El ciudadano "común" seguramente hubiera pensado que ese aporte forzoso nunca llegaría a los damnificados, y tal vez la ayuda no hubiera sido tan efectiva.

3. LA EMERGENCIA Y LOS JUECES.

¹⁵ BOTASSI, C.A., "El derecho frente a la corrupción política", J.A. 2002-I, fascículo Nº 6, pág. 3.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 10.

¹⁷ SCHUTZ, Alfred, *El problema de la realidad social*, ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1974, pág. 74.

Frente a esa complejidad del fenómeno jurídico, y el contexto político antes reseñado, los estamentos más elevados del Poder Judicial, salvo escasos pero crecientes e incesantes supuestos de activismo judicial¹⁸, suelen adoptar diversas formulas que limitan su potestad y terminan por convalidar los desvíos de los restantes poderes.

3.1. En efecto, el rutinario trajinar por los atajos de la justicia formal¹⁹, constituye en ocasiones, una huida "positivamente" cómoda de los operadores del derecho –y en especial de los jueces- cuando se enfrentan a ciertas situaciones dilemáticas que implican tomar posición en la solución de conflictos que, aunque referidos a un caso concreto, sus efectos se proyectan sobre toda la comunidad²⁰. Es más fácil atribuir la responsabilidad de la solución al legislador a través de la aplicación "pura" y descomprometida de la norma, que involucrarse en los enmarañados conflictos de valores e intereses que es necesario enfrentar, contrastar o componer cuando se pretende transitar los andariveles de la justicia material²¹. Pareciera que el principio de "imparcialidad" de los jueces se identifica en estos casos con la pretendida neutralidad valorativa²² que los mismos deben profesar para lograr soluciones objetivas y justas. Sin embargo, el derecho es una compleja operación social que dista de ser neutral. Está impregnada de politicidad, de valoraciones, de intereses en conflicto y adquiere direccionalidad según la forma en que esté efectivamente distribuido el poder en la sociedad²³. Seamos sinceros – propone Nieto-: en las cuestiones delicadas que invitan al compromiso personal, a veces basta leer la firma de una publicación para adivinar su contenido. En España la autoritaria bibliografía franquista fue flor de un día, pero hoy tenemos ejemplos perfectos de contaminación subjetiva ideológica en los bandos de los autonomistas

¹⁸ Al respecto, véase FUCITO, Felipe, "Algunos aportes al perfil del juez y al diseño de la escuela judicial", LL 1999-D, 1117; BIELSA, Rafael, "Jueces, gobierno y política: el debate, hoy", LL 1999-E, 1204; BERIZONCE, Roberto O., "El activismo de los jueces"; LL 1990-E, 920

¹⁹ v. CAMPBELL, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos.*, ed. Gedisa, Barcelona, 2002, pág. 39.

²⁰ Se ha señalado al respecto, que ninguna decisión jurídica debe renunciar al compromiso de organizar la sociedad y el buen vivir de los ciudadanos. Para ello, se debe efectuar un juicio práctico sistemático, en el sentido de apreciar al Derecho como ciencia de la solución de problemas, pero con una constelación sistemática y consecuencialista. Cuando se adopta esta perspectiva, hay proliferación de derechos y escasez de bienes; los derechos colisionan entre sí y es necesario decidir. Surge la perturbadora necesidad de optar; y las opciones siempre son trágicas (LORENZETTI, Ricardo L.; "El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores"; LL 1998-A, 1039).

²¹ Como ejemplo de lo expresado véase BIANCHI, A. B., "Análisis de un caso ante la Comisión del Pacto de San José de Costa Rica y sus proyecciones en el derecho interno"; ED 137-909. En el caso objeto de análisis, la CSJN eludió tomar posición acerca de la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos durante la última dictadura militar, aplicando el instituto de la prescripción bienal, en vez de asumir las verdaderas razones de su decisión, que son explicadas por el autor.

²² Con relación a este tópico, v. SCHUSTER, Federico L (compilador), "Filosofía y métodos de la Ciencias Sociales", Ediciones Manantial SRL, Buenos Aires, 2002, pág. 237 y sgtes.

²³ CÁRCOVA, Carlos María; *Teorías Jurídicas Alternativas*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, pág. 44.

y estatistas, de los socialistas y de los centristas, de los europeístas y de los castizos, de los profesores con clientes capitalistas y de los abogados que defienden a las Administraciones Públicas. Aquí nadie engaña a nadie: las leyes son iguales para todos y las técnicas jurídicas que presumen de neutralidad son, a la postre expresiones del "con quien vengo, vengo, y sé adónde quiero ir"²⁴.

3.2. Una variante de la postura anterior es la invocación de ciertos dogmas del derecho, tales como las denominadas "cuestiones políticas no justiciables" -en todas sus variantes-²⁵, y las "potestades discrecionales de la administración", para evadir un pronunciamiento positivo, frente a la ilegalidad de las mismas. El desarrollo teórico del derecho administrativo, tal vez por sus orígenes²⁶ o por su condición de *jus in fieri*, o bien como discurso destinado a la justificación del poder²⁷, ha contribuido a la creación de esos y otros dogmas forjados a contrapelo de la Constitución²⁸, creando círculos de inmunidad²⁹ para vedar o cercenar el control judicial sobre el poder político.

²⁴ NIETO, Alejandro, "Las limitaciones del conocimiento científico"; (Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 12 de marzo de 2001). Una postura diferente puede verse en SESÍN, Domingo Juan; "El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política", LL 2003-E, 1264, donde manifiesta que "Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente."

²⁵ Un análisis interesante de las distintas variantes que asumen las cuestiones no justiciables, puede verse en HARO, Ricardo; "Las cuestiones políticas ¿prudencia o evasión judicial?", LL 1991-D, 1050. Para el análisis de un caso, v. BIDART CAMPOS, Germán J., "El atropello a la Constitución Federal consumado en el Senado y en la Corte Suprema", LL 1998-F, 510.

²⁶ v. D'ARGENIO, Inés; "La Justicia Administrativa en la Argentina", FDA, Buenos Aires, 2003; quien ha sostenido: "...toda la estructura procesal de la legislación nacional y las legislaciones provinciales en la materia, así como las limitaciones impuestas a la Justicia para juzgar por parte de la doctrina mayoritaria de los autores y de la jurisprudencia en nuestro país, tienen origen en principios emergentes de sistemas institucionales foráneos. Se trasplantan conceptos y se implantan cuestiones cuyo mérito y eficacia en su ámbito de elaboración pueden ser indiscutibles pero que tienen para nosotros una distorsión de origen innegable. Alguien descubre alguna institución y la traslada a nuestro ámbito de manera inarmónica, sin escuela, sin integración al sistema constitucional: solo porque la cuestión le pareció interesante. (...) Por eso la profunda significación tan simple y directa de lo "vernáculo": la necesidad de empezar de nuevo, a partir de nuestra historia, depurando el lenguaje y erradicando las instituciones que nos son ajeas. Hablar claro. Sin solemnidad: **"que el fuego pa' calentar, debe ir siempre por abajo"** (pág. 157).

²⁷ En el año 1959, refiriéndose al derogado Código Varela de la Provincia de Buenos Aires, Linares señalaba que el mismo "se transformó en instrumento de justicia parcial a favor del poder público y no de justicia verdadera para los administrados; en protección para el Estado y no para el particular. Porque lo que ha ocurrido es lo siguiente. La Sup. Corte local ha interpretado en forma tan rigurosa y contradictoria las disposiciones sobre condiciones de admisibilidad de la acción judicial, que en la práctica es enorme la proporción de demandas que se rechazan. Con lo que la beneficiada es la Administración". -LINARES, J.F., "Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires. (La deformación jurisprudencial de un código)", LL 96-852-.

²⁸ D'ARGENIO, Inés; op. cit., pág. 23 y sgtes.

²⁹ v. GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, Ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1983; "La Justicia Administrativa en el cambio de siglo", Acad. Nac. de Derecho 2000, 121. V. asimismo, TAWIL, Guido S. "Administración y Justicia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, T II, pág. 318 y sgtes.

Se ha señalado con notable acierto que el mito de las cuestiones políticas no justiciables aporta a las prácticas judiciarias un cómodo expediente para evitar pronunciarse sobre los actos más lesivos y groseros del poder, con lo que el acto de poder repugnado en sede judicial viene a quedar confirmado sin el compromiso, científico, ético y político, de pronunciarse sobre la decisión cuestionada³⁰. En efecto, explica el citado autor que ni el artículo 19 ni cláusula alguna de la Constitución Nacional define o nombra siquiera las cuestiones políticas no justiciables. Inversamente, el artículo 116 de la Constitución afirma la judicabilidad -conocimiento y decisión- de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes y tratados de la Nación. Se torna evidente una inmediata conexión entre lo político y el poder. Y una característica siempre presente, en la historia social, cuando se refiere al poder, y es que éste se instituye para ser ejercido, no para ser controlado. Tenemos un alto grado de lucidez para dar cuenta de los mitos de la antigüedad. El interrogante es si somos tan lúcidos para comprender los mitos que nos son contemporáneos.

3.3. Desde otra perspectiva, más "realista" por cierto -pero no por ello despojada del componente ideológico valorativo-, se advierte por parte del operador jurídico, una toma de posición frente al caso, que luego se intenta justificar -no siempre con éxito- mediante la aplicación e interpretación de normas y principios que se modelan y ajustan al objetivo inicial. Desde otro extremo se ha observado³¹ que los *fundamentos de la sentencia*, que en nuestro sistema constituyen una de las garantías constitucionales más importantes (art. 171 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional), se convierten en una hipocresía jurídica que oculta los verdaderos motivos, a veces inconfesables, que tuvo en cuenta el juez para arribar a la solución.

3.4 En definitiva, estos posicionamientos de los jueces -que se citan a modo de ejemplo- terminan por convalidar, de modo explícito o subrepticio, los actos del poder público. La impunidad del poder es entonces, el sustrato material de la ideología de estos abordajes jurídicos tan frecuentes como desaprensivos frente a una sociedad que exige cada vez mayores soluciones por parte de los órganos judiciales, como resultado de la inefectiva retórica del poder político y el paradójico desarrollo de los derechos humanos que no se encuentran disponibles para la inmensa mayoría de la población.

4. CIENCIA DEL DERECHO E IDEOLOGÍA.

³⁰ BARCESAT, Eduardo S.; "El problema de la verdad en el proceso judicial"; LL 2003-D, 1331

³¹ PERRACHIONE, Mario; "El derecho no es lo que los jueces dicen que es, sino lo que las leyes interpretadas sistemáticamente disponen.", LL 12/03/2003, 1

¿Qué es lo determinante en la construcción de los contenidos teóricos del derecho administrativo? ¿Porqué se ha dedicado tanto esfuerzo especulativo a la explicación –verbigracia- de los entes reguladores y no de los hospitales públicos, las escuelas, o los organismos de seguridad? ¿Porqué la doctrina se ha ocupado en grado sumo del análisis de los servicios públicos en manos de empresas privadas y su relación con los usuarios, y no de los cometidos esenciales del Estado, o los servicios que presta directamente la Administración? ¿Qué es lo determinante en la afirmación o negación del contrato administrativo?. La respuesta a estos interrogantes, implica una serie de intrincados problemas que exceden el objeto de este trabajo y los limitados conocimientos del autor. Sin embargo, es posible ensayar algunas observaciones:

Ciertos objetos de investigación adquieren *pertinencia valorativa*, es decir, llegan a ser considerados importantes en circunstancias histórico-sociales específicas. Estas últimas pueden explicar el hecho de que dichas áreas se tornen interesantes para el científico y lo muevan así a concentrar su atención en ellas³². Por ejemplo, durante la década de las privatizaciones en Argentina, es natural que la doctrina haya centrado su atención en esas cuestiones, más esa génesis, no debe servir para juzgar el contenido o la validez del conocimiento así obtenido.

Otra cuestión diferente la existencia de prejuicios, o juicios de valor en el trabajo científico, que resultan relevantes cuando se intenta estimar la influencia de los factores psicológicos y sociológicos sobre la objetividad del científico. Lo que aquí está implicado es el temor de que las preferencias e inclinaciones personales del investigador puedan teñir su trabajo impedirle realizar una descripción y un análisis riguroso del objeto estudiado.

Pero la realización científica en sí misma, no exige que nos despojemos de nuestros juicios de valor o renunciemos a la defensa de un interés particular. Investigar hechos o elaborar instrumentos para hacerlo es una cosa, valorarlos desde algún punto de vista moral o cultural es otra cosa, y las dos no están necesariamente en conflicto. El defensor de un interés puede realizar una tarea analítica honesta, y el motivo de probar una tesis favorable al interés al que debe fidelidad no prueba por sí mismo nada a favor o en contra de ese trabajo analítico: dicho más directamente, abogar no implica mentir³³.

Pero otra cosa es deformar hechos o inferencias a fin de favorecer un ideal o un interés, situación que suele verificarse muy a menudo, no solo en la actividad académica, sino también en la judicial. Es por ello que el intérprete debe estar prevenido para desentrañar, más allá del contenido de la obra o la sentencia,

³² DE GRÉ, Gereard. L., "El científico y su 'rol' social", en HOROWITZ, Irving Louis, op. cit., pág. 319.

³³ SCHUMPETER, Joseph, "Ciencia e ideología", en HOROWITZ, Irving Louis, op. cit., pág. 338.

el interés o la ideología subyacente, como así también la certeza de los hechos sobre los que se funda el análisis, valoración que ha de merituar la propuesta temática del autor, o las cuestiones a tratar en las sentencias, como así también las que no fueron introducidas en ese temario y que resultan pertinentes.

A guisa de ejemplo, tomemos por caso el juicio de razonabilidad de una medida de emergencia. El test de razonabilidad implica siempre un juicio comparativo³⁴, pero de acuerdo a la definición o contenido de los términos comparados, puede variar sustancialmente el resultado del análisis. Así, frente a una ley que declara la emergencia por el término de un año a fin de limitar ciertos derechos, pero que fue precedida por varias leyes que lo hicieron por varios períodos consecutivos, la comparación, a efectos de evaluar el requisito de temporalidad, puede ceñirse al plazo fijado por la ley vigente, o bien, a todos los períodos en conjunto, y el resultado del análisis seguramente será diferente en uno u otro caso.

La ideología, las valoraciones, los intereses o la posición social del jurista -legítimas por cierto-, no debe llevar al engaño de admitir o desechar parte de los hechos según convenga a sus intereses: es legítimo tomar posición frente a los mismos, pero no tergiversarlos. Así se aprecia claramente la diferencia entre "neutralidad valorativa" y "objetividad".

5. EMERGENCIA, RAZONABILIDAD E IDEOLOGÍA.

Dejemos de lado por un momento el desarrollo de aquellas cuestiones teóricas y avoquémonos al análisis de un caso que nos ilustrará sobre lo expuesto en el capítulo anterior, a la vez que nos introducirá en lo que expondremos ulteriormente.

La ley de emergencia N° 12.727 de la Provincia de Buenos Aires (Adla LXI-D, 4839), como otras tantas declaraciones de emergencia, dispuso la rescisión de contratos que generen obligaciones a cargo del Estado, el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado, autorizó la emisión de Letras de Tesorería para la cancelación de deudas del Estado, y estableció -entre otras cuestiones- reducciones salariales para los empleados de la Administración³⁵.

Nueve días antes de la aprobación de la ley, sancionada por ambas Cámaras legislativas de la Provincia el día 12 de julio de 2001, se había votado su correlativa anterior N° 12.726 (Adla 2001-D, 4837) que dispuso la transferencia de deudas incobrables del Banco de la Provincia de Buenos Aires al Estado provincial,

³⁴ CIANCIARDO, Juan; "Máxima de razonabilidad y respeto de los Derechos Fundamentales.", LL 2000-B, 720; "Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad", LL 2002-B, 953

³⁵ Para un desarrollo más amplio véase VILLAFÁÑE, Homero M.; "La emergencia económica-financiera en la Provincia de Buenos Aires. Período 2001-2002. Incidencia sobre las remuneraciones del sector público.", LLBA 2002 (diciembre), 1481.

que a su vez se endeudaría con la emisión de un título de la deuda pública provincial por un monto de U\$S 1.100.000.000. Con posterioridad, se denunció que dentro de ese universo de deudores morosos más importantes, había empresas a los que se les atribuía vinculación al poder político (la empresa Gualtieri registraba una deuda de 105 millones; Mercatti de 1,7 millones de pesos; Yoma SA, 20 millones de pesos; Showcenter 113,5 millones; Tren de la Costa 55 millones) y también ciertas figuras notables del ambiente político que, estatización mediante, evitaron el cobro compulsivo de sus deudas³⁶. Las operaciones le produjeron a la Provincia un perjuicio económico estimado en 2.400 millones de pesos³⁷, importe que supera en más de dos veces el presupuesto de salud, y más de cinco veces el de la administración de justicia de la Provincia (datos correspondientes al ejercicio 2004³⁸).

Resulta autoevidente que la situación precedentemente descrita guarda relación con las causas de la emergencia y "*que no ha existido distribución equitativa del perjuicio*", en palabras de la Corte Suprema³⁹, puesto que frente a los beneficios obtenidos por sujetos vinculados a los círculos de poder, se impusieron a través de la Ley 12.727, diversas restricciones a los derechos de sectores más desprotegidos (empleados públicos y jubilados)⁴⁰.

Ahora bien, frente a este panorama, sucintamente explicado, a efectos de realizar un balance de razonabilidad de los recortes salariales de empleados públicos y jubilados, podemos tomar todo, o parte de esa realidad. Claro está, que en este último caso incurriremos en una parcialidad que restará objetividad al análisis.

³⁶ Se ha señalado con acierto que "*El romance entre el poder político y el poder económico es una maldición eterna que los ciudadanos deben soportar con estoicismo. Provoca indignación, empero, recordar las declaraciones de gobernantes que asumieron como un destino inexorable el aumento en las tarifas de los servicios públicos privatizados 'porque ha sido parte del pliego de licitación, integró el contrato entre concedente y concesionario, y, por tanto, resulta una condición de vigencia de la seguridad jurídica'. Esas mismas autoridades, preocupadas por los derechos adquiridos de las empresas multinacionales que compraron a precio vil las empresas estatales, no vacilan en reducir sueldos y jubilaciones como si los derechos adquiridos de empleados públicos y jubilados no formaran parte de aquella apetecible seguridad jurídica. A su turno, el congelamiento indiscriminado de los fondos colocados a plazo fijo o en cajas de ahorro en dólares y la imposibilidad de disponer sin cortapisas de los depósitos existentes en cuentas a la vista, sin distinguir entre pequeños ahorristas e inversores millonarios, demuestra hasta qué punto el poder político está dispuesto a desplegar un paraguas protector del poderoso sector financiero de la economía sacrificando el interés de quienes menos tienen.*" BOTASSI, Carlos, "Emergencia y derechos adquiridos", op. cit., pág. 75.

³⁷ Conf. diario "El Día" del 27-12-2002: "*Durísimo informe sobre los créditos del Banco Provincia*".

³⁸ Ley 13.154, B.O. 30-12-2003.

³⁹ "*Provincia de San Luis c. Estado Nacional*", La Ley, 2003-C, 38

⁴⁰ Al respecto, también se ha señalado que "*... la emergencia bonaerense es perversa. Porque fue adoptada en forma inconsulta, 'sobre tablas' para atender las necesidades de la contabilidad pública y, fundamentalmente, porque castiga a los más débiles en beneficio de los que más tienen. Por eso la ley 12.727 es inconstitucional, porque 'la legitimidad de la necesidad como dispensa de la Constitución demanda una legitimidad de fines en el derecho de la emergencia.*" (BOTASSI, C. "Emergencia y Derecho Administrativo. El caso de la Provincia de Buenos Aires", en la obra colectiva "El derecho administrativo de la emergencia, I").

¿Qué criterio adoptaron los jueces frente a los hechos que fueran antes narrados? Pues bien, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires integrada por conjueces, en la causa B 62.964⁴¹ (LA LEY, 2002-C, 741) rechazó la demanda instaurada contra la Ley 12.727 y su decreto reglamentario 2023/01 (ADLA 2001 - D, 4868) para que se declare la inconstitucionalidad de esas normas en virtud de los descuentos efectuados y el pago con letras de tesorería - denominadas "patacones"- de los salarios correspondientes a los afiliados de la Asociación. Solamente el voto en minoría del Dr. Sagues ponderó aquella cuestión al señalar que *"la ley 12.726 que precede a la impugnada parece dar una desmentida a la existencia de una grave crisis financiera en la Provincia, en tanto ésta se compromete a desembolsar la suma de mil cien millones de dólares estadounidenses (U\$S 1.100.000.000) por la transferencia de la cartera de deudores con improbabilidad de cobro del Banco de la Provincia de Buenos Aires"*. Es interesante destacar asimismo algunas contradicciones. En efecto, en uno de los votos, se señala que *"no corresponde cuestionar el acierto o la conveniencia de la implementación de las medidas adoptadas por el Estado o reflexionar sobre la existencia de otras alternativas en materia de política de gobierno, sustituyendo en este último caso las valoraciones de la Legislatura"* sin embargo contradiciendo ese criterio, luego expresa que *"En lo atinente a la cuestión central, esto es la reducción de los haberes, dista y en mucho de ser inconstitucional, no bien se repara que esta solución es altamente preferible a haber optado por un mecanismo de cesantías parciales que hubiera beneficiado a un sector -los no cesanteados- en desmedro de otro, los que 'ad eventum' quedarían sin tareas, con todas las consecuencias que ello implicaría o importaría en una economía recesiva con un altísimo índice de desocupación"*. El voto en cuestión, excluye la aplicación del *"subprincipio de necesidad"*, esto es, la comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios posibles⁴², y por esa vía, practica un recorte de la realidad, para eludir el tratamiento de ciertas cuestiones pertinentes, como la medida adoptada por la Ley 12.726. Más luego, con la misma finalidad, aplica el mismo subprincipio de razonabilidad que antes desechó, para justificar la constitucionalidad de la ley cuestionada y proceder al rechazo de la acción. Se observa así, como se limitan los términos comparativos: se selecciona una parcela

⁴¹ "Asociación de Maestros de la Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Buenos Aires" del 10-04-2002 (LLBA, 2002-436 - LA LEY, 2002-C, 741 - DT, 2002-B, 2002).

⁴² "el subprincipio de necesidad prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Tiene lugar, como se ve, un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. La medida legislativa superará el subprincipio de necesidad sólo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego." (CIANCIARDO, "Una aplicación cuestionable ...", op. cit.).

de la realidad -la que conviene al interés o finalidad-, puesto que si se la analizara en su conjunto, la medida, seguramente no superaría el test de razonabilidad.

En otros fallos posteriores, emitidos luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara la inconstitucionalidad de los artículos 1º del decreto 896/2001 y 10 de la ley 25.453, modificatorios de la ley 24.156 (Adla, LXI-D, 4083; LXI-D, 4057 y LII-D, 4002), que reducía las retribuciones del sector público nacional cuando los recursos no fueren suficientes para atenderlas⁴³; la Suprema Corte Provincial, también integrada por conjueces, dictó otros pronunciamientos⁴⁴, que modificaron parcialmente aquellos criterios.

En efecto el Máximo Tribunal de la Provincia dejó de lado sus autorrestricciones en materia de control de razonabilidad, al señalar que: "Si con evidencias el juez advierte que la lesión a un derecho proviene de una política concreta que podría reemplazarse por otra, debe decir: la política elegida es inconstitucional porque hay otra u otras que, de haberse elegido, no irrogarían la lesión que origina la que está en vigor. Es nada más ni nada menos que aplicar el patrón de razonabilidad: una medida que es conducente a un fin legítimo deja de ser razonable cuando, habiendo otras medidas igualmente conducentes, se ha optado por la más gravosa para tal o cual derecho."⁴⁵.

Asimismo, se expidió -aunque tangencialmente-, sobre la naturaleza de la relación de empleo público caracterizándola como un contrato. De ese modo, parece apartarse del anterior criterio, que consideraba al empleo público como una relación de naturaleza estatutaria regulada por actos unilaterales provenientes de la Administración Pública⁴⁶, por cuanto "El contenido patrimonial de la relación se encuentra sujeto a las normas administrativas. De tal modo, el sueldo no tiene carácter contractual. Es objetivo, legal o reglamentario y consecuentemente puede ser modificado, tanto en su quantum, como en sus modalidades"⁴⁷.

En esta oportunidad se dijo que "La persistencia en el tiempo de dichas rebajas, aun cuando sujetas a la discrecionalidad del poder político, para el futuro se tornan inconstitucionales, contrarias a parámetros de razonabilidad al que se halla condicionado el control de legalidad de las medidas restrictivas, proporcionalidad de las afectaciones, justa distribución de la carga comunitaria

⁴³ *in re "Tobar, Leónidas c. Contaduría General del Ejército"*, (LL 2002-E, 428 - LL 2002-F, 219 - LL 2002-F, 452 - DJ 2002-3, 16 - IMP 2002-19, 102 - DT 2002-B, 1854 - ED 199, 208).

⁴⁴ B 63.442, "*Larroque*"; B 63.212, "*Todisco*" (LL 2003-F, 320, con nota de Laura E. Szmoisz); B 63.177, "*Barrionuevo*"; B 63.279, "*Flores*" y B 63.099 "*López*"; todas falladas el 30-06-2003 con similares fundamentos.

⁴⁵ B 63.442, "*Larroque*", Cons. VIII.

⁴⁶ B 63.442, "*Larroque*", Cons. XX, párr. segundo. En las causas I 2.312, "*AERI*" y B 64.621 "*UPCN*", ulteriormente comentadas, la Corte mantuvo esta caracterización, de modo que es dable interpretar un abandono definitivo de aquella doctrina.

⁴⁷ Causas B 50.551, "*Souto*" y B 57.326 "*Ramos*".

frente a una situación de crisis económica y por lo tanto, vulneran los artículos 14 bis (condiciones dignas de labor y equitativas, retribución justa), 16 (igualdad de las cargas públicas), 17 (derecho de propiedad), 19 (principio de legalidad), 28 (razonabilidad), de la Constitución Nacional, asimismo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6, 7) y normas concordantes.

Pero además, siguiendo la doctrina de calificados autores⁴⁸, se dijo que los derechos propios de la relación laboral –sea empleo público o privado– integran el plexo de los “derechos sociales”. Nuestra Constitución los enfoca y garantiza en el artículo 14 bis, en concurrencia con tratados internacionales como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de San José de Costa Rica, y que “el derecho a la remuneración justa reviste alta jerarquía constitucional e internacional”⁴⁹, agregando luego que “Se debe tener presente que estamos frente a una obligación alimentaria, que debe ser atendida con prelación a cualquier otra ya que hace a la subsistencia de la persona y de la vida”⁵⁰.

Finalmente, en función de esos argumentos, la Corte provincial integrada por conjueces, declaró la inconstitucionalidad sobreviniente e inaplicabilidad de los artículos 15 y 20 de la ley 12.727 –al igual que su planilla anexa– en tanto establecen la reducción de las retribuciones brutas totales, mensuales, normales, habituales, regulares y permanentes y el sueldo anual complementario.

Estos criterios representan un importante avance en materia de empleo público y control de razonabilidad. Ello no obstante, se advierte una seria incongruencia entre lo decidido por el Tribunal y los fundamentos del fallo comentado. En efecto, toda vez que la Corte sustenta su decisión en un hecho posterior a la demanda, vinculado a una mejora de la recaudación obtenida por la Provincia –que el Tribunal tiene por acreditada–, los efectos de la inconstitucionalidad sobreviniente, esto es, la cesación de los descuentos debió decretarse a partir de la fecha en que se produjo el hecho modificativo determinante de la inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte declara la inconstitucionalidad a partir de la fecha de la sentencia (30-06-2003), circunstancia que no guarda relación alguna con la vinculación jurídica de las partes. De este modo, la extensión temporal del derecho reconocido quedó librado a la mayor o menor celeridad con que el órgano judicial decidió las cuestiones, con independencia de los hechos que determinaron la ilegitimidad. Al respecto, es dable observar que el fallo fue dictado una vez transcurridos dos años de recortes

⁴⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *"Estamos enfermos de emergencias"*, E.D., T. 140-155

⁴⁹ B 63.442, *"Larroque"*, Cons. XXII.

⁵⁰ B 63.442, *"Larroque"*, Cons. XXVI.

ininterrumpidos, un año y medio desde el inicio de la acción amparo, y sólo seis meses antes de la finalización del estado de emergencia.

En efecto, el plazo fijado para las reducciones dispuestas por la ley 12.727 era de un año a partir de la promulgación de la ley. A posteriori, el Poder Legislativo facultó al Ejecutivo para extender por un año adicional su vigencia (art. 3º ley 12.774, Adla LXI-D, 4839), lo que así hizo el Gobernador de la Provincia mediante decreto 1.465/02 (Adla, ADLA LXII - D, 4493), quien prorrogó la emergencia al 23 de julio de 2003. Por último, el régimen fue diferido por la ley de presupuesto de ejercicio hasta el 31 de diciembre del mismo año (art. 51 de la ley 13.002, Adla LXIII-A, 662).

De modo que, en los hechos, más allá de sus loables fundamentos, el fallo representa una condena aparente, puesto que convalidó dos años de recortes ininterrumpidos. De conformidad al criterio adoptado, si la Corte hubiera demorado algunos meses más para su dictado, la cuestión se hubiera tornado abstracta, pues el estado de emergencia declarado por las normas antes citadas, se extinguió el 31-12-2003 ⁵¹.

Con posterioridad a los fallos comentados, la Suprema Corte local se expidió nuevamente sobre los denominados "recortes salariales" en las causas I 2.312, "AERI" y B 64.621 "UPCN", ambas del 01-10-2003, integrada parcialmente por conjueces, en las que también declaró la inconstitucionalidad sobreviniente de los "recortes salariales", pero a partir del 23-07-2003, fecha en que se produjo la clausura del primer período adicional del estado de emergencia, según lo establecido por la Ley 12.774 y el decreto 1465/02.

Pero en este caso, como en el anterior, partiendo del supuesto que tenga por acreditada la existencia de un estado de emergencia, "la fecha de corte" establecida para la declaración de inconstitucionalidad sobreviniente no se ajusta a los hechos comprobados en la causa. Como señala Gordillo, *es necesario primero, como siempre, conocer los hechos*⁵². En este caso, los hechos sobrevinientes, como en los fallos anteriores, se encuentran determinados por una mejora en la situación económica de la Provincia, y es necesario indagar el momento en que la misma se produjo para declarar la inconstitucionalidad sobreviniente de la emergencia con sujeción a esa fecha, puesto que, como señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en forma reiterada, remitiendo a la doctrina de reconocidos filósofos del derecho, como Ihering, *"no son los hechos los que deben seguir al derecho, sino que es el derecho el que debe seguir a los hechos"* - ("*Avico c. de la Pesa*", Fallos:

⁵¹ Una crítica más exhaustiva puede verse en OROZ, Miguel H. E., "*La emergencia bonaerense y su inconstitucionalidad sobreviniente*", Lexis Nexis J.A., Suplemento de Derecho Administrativo del 24-09-2003, pág. 9.

⁵² GORDILLO, Agustín; "*El Estado de Derecho en estado de emergencia*", LL 2001-F, 1050

172:21; "Provincia de San Luis c. Estado Nacional", sent. del 05/03/03, La Ley, 2003-C, 38).

Teniendo presente lo expresado, entiendo que la verdadera motivación de la Corte para establecer la "fecha de corte", responde a una valoración político-económica, en tanto señaló que " ...los límites que esta Corte debe poner a las medidas que la Ley 12.727 -y sus prórrogas, Ley 12.774 y Dec. 1.465/02, Ley 13.002- dispusieran frente a la especialísima e inédita situación de emergencia aún existente, no pueden retrotraerse a otros tiempos en que la falta de razonabilidad o exorbitancia de las mismas no se hacían presentes, ni tampoco provocar un quebranto de consecuencias imprevisibles en las arcas provinciales, a riesgo de que el remedio adoptado para poner coto a aquella grave situación -que a grandes rasgos ha mostrado su eficacia- deje de serlo y que, retroactividad mediante, produzca efectos devastadores que devuelvan al erario provincial a la misma o más acentuada situación de crisis. De así acontecer, el remedio sería peor que la enfermedad."

Sin embargo, lo acontecido en el orden nacional demuestra la falacia de esta argumentación: contra los pronósticos de quienes vaticinaban el colapso del sistema económico frente a una eventual liberación del "corralito" financiero, o el pago de los "recortes salariales" efectuados, nada de eso ocurrió frente a los fallos que declararon la inconstitucionalidad de las normas que consagraron esas medidas.

Ese tipo de falacia se conoce como *argumentum ad baculum* que se comete cuando se apela a la fuerza, o a la amenaza de fuerza para provocar la aceptación de una conclusión. El *ad baculum* se resume en el dicho "la fuerza hace al derecho"⁵³. En este caso es la fuerza del temor la que impone el derecho. Un temor infundado, que no se corresponde con ningún hecho o circunstancia comprobado en la causa y que, por esa razón, se evidencia como una valoración metajurídica de quien lo invoca. Esta perspectiva ideológico-política -reitero- es lícita en tanto no perturbe la objetividad del análisis, que en este caso se ve alterada, en tanto no existen elementos objetivos en la causa -al menos no se los individualiza- que permitan arribar a aquella conclusión (los hechos, siempre los hechos).

6. EL EMPLEO PÚBLICO: UNA DISTORSIÓN IDEOLÓGICA EN LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

⁵³ COPI, Irving M., "Introducción a la lógica", ed. Eudeba, 4ta. edición, Buenos Aires, 1999, pág. 83.

Prescindiendo del análisis de las distintas concepciones acerca de la naturaleza de la relación de empleo público y sus implicancias⁵⁴, estimo pertinente hacer notar algunas incongruencias que a mi juicio se observa en la afirmación de ciertas proposiciones que no guardan relación de congruencia con la teoría general de la contratación administrativa, y que por esa razón, se encuentran determinadas por prejuicios ideológico-políticos que tienden a afianzar la exorbitancia administrativa, frente a la naturaleza tuitiva de las las normas y principios constitucionales que regulan la relación de empleo público como un derecho social.

6.1. La naturaleza de la relación de empleo público:

Según lo adelantara en el comentario a los fallos analizados en el capítulo anterior, se observa *-obiter dictum-* en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte Provincial un implícito abandono de la concepción estatutaria de la relación de empleo público, que tiende a restringir la autonomía de la voluntad del agente frente a la administración (Causas B 50.551, "*Souto*" y B 57.326 "*Ramos*"). En efecto, a partir de su integración por conjueces (causas B 63.442, "*Larroque*"; B 63.212, "*Todisco*"; B 63.177, "*Barrionuevo*"; B 63.279, "*Flores*" y B 63.099 "*López*"), la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha calificado a la relación de empleo público como un contrato administrativo. Ese criterio se vio luego corroborado en las causas I 2.312, "*AERI*" y B 64.621 "*UPCN*" donde la Suprema Corte, integrada parcialmente por jueces estables reiteró dicha calificación, en congruencia con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -causas "*Guida*" (La Ley, 2000-D, 375) "*Tobar*" (La Ley, 2000-F, 452) y "*Müller*" (La Ley 2003-C, 291)⁵⁵- y otros tribunales provinciales⁵⁶.

⁵⁴ Al respecto, véase GORDILLO, Agustín, "*Los contratos administrativos*", en la obra colectiva *Contratos Administrativos*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 1, pág. 9; BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da. ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 619 y sgtes.; ESCOLA, Héctor J.; *Tratado Integral de los contratos administrativos*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, vol. II, pág. 336; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995, 2da. Edición, pág. 771; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2da. Ed., Buenos Aires, 2003, pág. 628

⁵⁵ La naturaleza contractual del empleo público ha sido objeto de una lenta evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso "*Richeri*" fallado el 12/2/1890 (Fallos 22:38), la Corte puso de relieve que las materias vinculadas con el empleo público eran ajenas al derecho común, aunque sin expedirse respecto de la naturaleza jurídica de aquél, doctrina que fue reiterada en las causas "*López*" de 1937 (Fallos 179:391), "*Tey*" de 1938 (Fallos 181:291), "*Corti*" de 1940 (Fallos 187:16) y "*Berghmans*" de 1941 (Fallos 189:123), entre otras. Posteriormente en la causa "*Fasola Castaño*" de 1958 (DT, 1959. p. 317). En esta evolución jurisprudencial se expresó luego que la relación de empleo público no configura un "contrato" -causas "*Herrera*" (Fallos 99:309), "*Peisotto*" (Fallos 126:62), "*Del Castrillo*" (Fallos 146:3931) y "*Torres*" (Fallos 160:160). Posteriormente, en 1932, con apoyo en la doctrina de Jeze, Tardieu y Duguit, consideró que el nombramiento de un empleado público constituía un acto de imperio o de mando. Se inscriben en esta doctrina los casos "*Bergés*" (Fallos 166:265), "*Tognetti*" (Fallos 174:267), "*Allen*" (Fallos 210:85) y "*Gerlero*" (Fallos 220:282). En 1942 comienza a rectificar la concepción autoritaria del empleo público adoptando la figura del contrato de adhesión ("*Labella de Corso*", Fallos 194: 111), calificándolo luego lisa y llanamente como contrato (Fallos 266:19). (véase al respecto, RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge, "*Tendencias actuales respecto del principio protectorio frente a la relación de empleo público*", DT 1994-B, 1131; y COMADIRA, Julio R., op. cit, pág. 628).

⁵⁶ Así se observa en distintos fallos de los tribunales superiores de las Provincias, donde la relación de empleo público es caracterizada como un contrato administrativo (TS Córdoba,

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso aclarar que más allá de la calificación jurídica empleada, ésta no puede modificar el contenido socio-económico de la realidad que subyace en la relación de empleo público, en tanto de ella nacen obligaciones para cada una de las partes: las relativas a la prestación laboral por un lado y las retributivas por el otro ⁵⁷. Dicho de otro modo, aún cuando se considere al empleo público como una relación estatutaria, de esa calificación no es legítimo extraer como conclusión necesaria, que la retribución pueda ser modificada o disminuida unilateralmente por la Administración, puesto que la calificación que a ella se le atribuya guarda relación con la forma, pero no con el contenido de las prestaciones recíprocas.

6.2. La intangibilidad de la remuneración en el empleo público.

Ello no obstante, la naturaleza contractual de la relación de empleo público pretorianamente asignada, despeja toda duda al respecto, y torna aplicables todos los caracteres que la teoría general de los contratos administrativos asigna a éstos últimos. En particular, aquellos "inherentes a la utilidad calculada"⁵⁸, es decir, al "mantenimiento de la ecuación económico-financiera"⁵⁹, o el "derecho al mantenimiento del equilibrio inicial de las prestaciones"⁶⁰. De modo que, como enseña Berçaitz, "el primer derecho que nace del contrato para el co-contratante por las prestaciones que realice de hacer o de dar, es el de cobrar a la Administración pública, en el tiempo, oportunidad, lugar y forma convenidos, el precio estipulado (...). Si se trata de un contrato de empleo público, el precio es el sueldo, viáticos, etc., mediante los cuales cubre sus necesidades alimentarias lato sensu.(...) Si las obligaciones del co-contratante son aumentadas, si la Administración pública modifica el contrato en forma que incide sobre la ecuación económico-financiera produciendo su desequilibrio, o le pone fin antes del término pactado por razones de oportunidad o conveniencia, todo lo cual constituye el hecho de la Administración, el co-contratante tendrá derecho a ser indemnizado".

El deber de la administración de mantener incólume el equilibrio financiero, indemnizando las alteraciones del mismo, surge del principio constitucional emergente del artículo 17 de la Constitución Nacional, en cuyo mérito

Sala Contencioso-administrativa, causa "Rieder", LL 2002, 28, con nota de Alfredo Guzmán; ST Tierra del Fuego, causa "Del Valle", -voto del Dr. Carranza, disidencia Dr. Hutchinson, quien se inclinó por la consagración de la naturaleza estatutaria del empleo público- LL 1998-A, 65, con nota de Germán J. Bidart Campos; ST Corrientes, causa "Castillo", LL Litoral, 1998-2-817; CJ Salta, causa "Juárez Campos", LL NOA 2003 -diciembre-, 656; CJ Catamarca, causa "Zavaleta", LL, 1999-B, 820 -41.406S-, entre otros).

⁵⁷ GIANNINI, Massimo S. *Derecho Administrativo*, fondo editorial MAP, Madrid, 1991, vol. 1ro., pág. 360.

⁵⁸ BERÇAITZ, Miguel A., op. cit., pág. 442.

⁵⁹ DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1965, t. II, pág. 536.

⁶⁰ BOTASSI, Carlos, *Contratos de la Administración Provincial*, ed. Scotti, La Plata, 1996, pág. 50.

a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento⁶¹.

Si se acepta entonces la tesis contractualista acerca de la naturaleza de la relación de empleo público, el sueldo integra la parte no modificable del contrato, su ecuación económico-financiera. De tal modo el sueldo de un agente en particular no puede ser reducido por causas no imputables a él. Y frente a una ley que estableciera una disminución general de sueldos de los agentes públicos, cabría objetar que tal medida lesiona el principio de igualdad ante las cargas públicas establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, toda vez que la condición de agente público del afectado no parece una calificación razonable para imponer una carga diferenciada respecto de los demás asalariados del país⁶².

Sin embargo, la Corte Nacional, en la causa "Guida", luego de admitir que "en el marco de la relación de empleo público el Poder Ejecutivo goza ... de prerrogativas exorbitantes propias del régimen "ius" administrativo que le permiten, a fin de satisfacer en la mejor forma el interés público, introducir modificaciones en el contrato, siempre que ellas sean razonables y no signifiquen una alteración sustancial de sus condiciones"; afirmó "que la intangibilidad del sueldo del empleado público no está asegurada por ninguna disposición constitucional" y que "no existe, por ende, un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias". Sin embargo, el principio de intangibilidad de la remuneración del contratista estatal tampoco se encuentra consagrado en la Constitución, y no obstante ello, es un principio indiscutido en materia de contratación administrativa ¿a qué obedece entonces esta disparidad conceptual?

6.3. La propiedad, la igualdad y el salario.

Desde esta misma perspectiva que parte de concebir el derecho a la intangibilidad del salario, como una variante del derecho a la intangibilidad de la remuneración del contratista, y por ende, garantizada por el derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional), se advierte también una incongruencia teórica en la doctrina de la Corte Nacional, en tanto frente a iguales supuestos – emergencia y afectación del derecho de propiedad- estableció distintas soluciones para el caso de los depósitos bancarios y las reducciones salariales.

⁶¹ DIEZ, Manuel M., "Los mayores costos en las obras públicas", RADA Nº 4, Buenos Aires, 1972, pág. 13, cit. por DROMI, José R., "La imprevisión en los contratos de la administración", en la obra colectiva *Contratos Administrativos*, op. cit., pág. 119.

⁶² VIDAL PERDOMO, Jaime, "Derechos de los funcionarios públicos", en la obra *Contratos Administrativos*, op. cit., pág. 151.

En efecto, la CSJN por aplicación del derecho a la propiedad, vinculado a la noción de derechos adquiridos y el principio de seguridad jurídica⁶³, decidió en el caso "San Luis"⁶⁴, ordenar la devolución de las sumas depositadas en dólares estadounidenses o su equivalente al valor en pesos según la cotización del mercado libre, aún cuando el mismo superaba con creces el valor adquisitivo del depósito inicial. Por el contrario, la Corte en "Guida", "Tobar" y "Müller", más allá de la resolución adoptada en cada caso⁶⁵, mantuvo el criterio de que no media lesión a la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional cuando por razones de interés público los montos de las remuneraciones de los agentes estatales son disminuidos para el futuro.

6.4. Aplicación de los caracteres del contrato administrativo al empleo público.

Pero situando la comparación en la órbita de los contratos administrativos, está fuera de discusión la legitimidad del *ius variandi* en la contratación pública, de la que no es ajena el contrato de empleo público⁶⁶, la que no puede ni debe ser ejercida de modo arbitrario, sino que toda alteración debe ser razonable y fundada en circunstancias objetivas y generales, debiendo respetar la sustancia de cada relación contractual⁶⁷. Pero esa potestad genera en el contratista el consecuente derecho a ser compensado de todas las consecuencias económicas que generen tales modificaciones⁶⁸. Sin embargo, conforme a la doctrina de la Corte Suprema en materia de empleo público, esa alteración que se consuma con la reducción salarial, no genera ninguna compensación a los trabajadores. Se advierte así, un desequilibrio evidente en las contraprestaciones, un enriquecimiento sin causa y una desigualdad manifiesta en la valoración del derecho de propiedad.

Es preciso aclarar que aquella compensación tendiente a equilibrar las prestaciones, no necesariamente debe ser remuneratoria, sino que puede recaer sobre las distintas obligaciones del agente, tales como una disminución proporcional en el horario o una extensión de las licencias, a fin de mantener el equilibrio contractual⁶⁹. Lo contrario, una quita sin compensación, es lisa y llanamente una

⁶³ BADENI, Gregorio; "El derecho a la propiedad privada y el caso 'San Luis'", LL 2003-C, 835.

⁶⁴ Cons. 48/50.

⁶⁵ BIANCHI, Alberto, "De Guida a Tobar. La sinuosa ruta de los salarios de los agentes públicos", J.A., 2002 - III - Suplemento del fascículo Nº 11.

⁶⁶ MARIENHOFF, Miguel A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 272.

⁶⁷ ESCOLA, Héctor J., op. cit. , vol. II, p. 424.

⁶⁸ CASSAGNE, Juan C.; *El contrato administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 79.

⁶⁹ Un caso interesante es el de la Provincia de Tierra del Fuego, donde se dispuso una compensación por la reducción salarial del personal del sector público que se instrumentó a través de una reducción de la jornada laboral en una hora o dos horas, la disminución de un número de días en forma mensual a lo largo del año y/o mediante la extensión del período vacacional, estableciendo además una

confiscación, prohibida por el art. 17 de la Constitución Nacional y frente a ello, el agente afectado puede reclamar judicialmente la devolución de la parte mermada de su salario alegando la inconstitucionalidad de la norma⁷⁰.

Señala Escola que "las modificaciones del contrato no pueden ser arbitrarias, sino que deben ser razonables y fundadas, debiendo respetar la sustancia de cada relación contractual (...) y conservar el equilibrio económico-financiero tenido en cuenta al contratarse, por lo que las prestaciones extraordinarias o mayores, los traslados no previstos, etc., deben ser debidamente compensados, ya sea con el pago de horas extras, compensaciones especiales, pago de viáticos, etc., según fuere procedente."⁷¹

Esa compensación, siempre es reconocida en los demás contratos administrativos⁷², pero no así en el contrato de empleo público. Tomemos por caso el sistema de variaciones de precios en el contrato de obra pública: la jurisprudencia⁷³ ha señalado que "La remuneración del contratista está integrada no sólo del precio estipulado al inicio de la relación sino también de los mayores costos de la ley 12.910 (Fallos 311:1181 y 1576), previsión contractual que 'permite asegurar que los pagos se hagan de acuerdo con el valor real que les correspondería originariamente y entregar al prestador de la actividad el valor cuya expresión actual representa, con integral fidelidad, la misma sustancia económica a la que estaba obligado el promotor del certamen licitatorio cuando eligió la oferta ('Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos' de Celso Antonio Bandeira de Melo, en 'Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff', págs. 903/914)" ¿porqué no aplicar el mismo principio al contrato de empleo público? ¿O acaso el trabajador estatal frente a la pérdida del valor adquisitivo de su salario, no debe enfrentar "mayores costos", como transporte, equipamiento, etc.?

Se observa entonces, una distinta valoración jurisprudencial del derecho de propiedad: hay derechos de propiedad superlativos (depósitos bancarios), de mediana intensidad (contratistas del Estado), restringidos (empleo público) etc. Es decir, hay una evidente desigualdad, y consecuentemente una violación al artículo 16 de la Constitución Nacional.

Compensación Adicional y Extraordinaria. (véase BIDART CAMPOS, Germán J., "*Medidas de emergencia que afectan derechos y se 'compensan' con la concesión de algún beneficio*", LL Patagonia 2003 (noviembre), 3.

⁷⁰ EKMEKDJIAN, Miguel, "*La rebaja de los sueldos de los funcionarios públicos es inconstitucional*", ED 162-1248; GAMBOA, Ramón A.; "*Ensayo sobre la inconstitucionalidad de las medidas oficiales que reducen sueldos y jubilaciones.*", LL 2001-E, 902.

⁷¹ ESCOLA, Héctor J., op. cit. , vol. II, p. 426.

⁷² CASSAGNE, Juan C., "*Los contratos públicos y la reciente ley de emergencia*", LL 2002-C, 1037.

⁷³ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., SALA II, Causa: 36016/95, "*Papini Mario Néstor c/ Adm.Gral. de Puertos s/contrato de obra pública*".

Entiendo que podría oponerse como reparo a dicha afirmación, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tanto ha proclamado que la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal e igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias⁷⁴. Pero, como es sabido, este criterio de distinción no debe ser arbitrario, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución⁷⁵.

Pero de conformidad a todo lo expresado, no hay ninguna razón –al menos jurídica- que justifique aquella desigualdad de tratamiento entre el contrato de empleo público y las demás contrataciones públicas.

Siguiendo a Escola, es posible afirmar entonces que “si la relación de función o empleo público, tal como la hemos delimitado, constituye, conforme a su naturaleza jurídica, un contrato administrativo *stricto sensu*, va de suyo que presenta, como tal, los caracteres que son inherentes a todos los contratos administrativos y que concurren a configurarlos en ese carácter. (...) Llama la atención observar que incluso quienes reconocen que la relación de función o empleo público constituye un verdadero contrato administrativo, no han prestado la necesaria consideración a esta cuestión, tratándola sólo de manera general y a veces aun parcial, como si la afirmación del carácter contractual de esta relación no fuera suficiente como para tratar a este contrato específico, del mismo modo como se lo hace con los demás contratos administrativos⁷⁶.

6.5. El trabajo es un derecho social (y el salario también).

Hasta aquí hemos considerado al salario, como contraprestación derivada de una relación contractual de empleo público, desde la perspectiva del derecho a la propiedad. Pero en rigor de verdad, la dimensión social del trabajo público o privado – la Constitución no hace distinciones- no debe hacernos perder de vista la inclusión del empleo público dentro de esta categoría de derechos que poseen especial consagración en la dogmática constitucional y que, lejos de limitarlos, obliga al Estado a promoverlos, y a crear las condiciones adecuadas para su goce y ejercicio (artículo 14 bis de la Constitución Nacional, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

Por ello, la Corte Suprema ha afirmado: "El trabajo tiene características que imponen su consideración con criterios propios que, obviamente, exceden el marco del mercado económico y se apoyan en principios de cooperación,

⁷⁴ Conforme Fallos: 127:167; 137:105; 138:313; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97 (LL 131-110; 151-353); 151:359; 300:1084; 306:1560 (DT, 1988-B, 1886), 313:1513, entre otros.

⁷⁵ ; Fallos 181:203 (LL 11-436), 182:355, 246:70 y 350 (LL 35-407, 90-120, 103:318), 289:197 (LL 123-317), 298:256, 300:1049, 1087 (LL 1978-C, 168; 1979-B, 275), 301:1185, 302:192 y 457 (LL 1980-C, 506), 313:1513.

⁷⁶ ESCOLA, Héctor J., op. cit. , vol. II, p. 349.

solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. Ello sustenta la obligación de quienes utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan". Por ello, toda duda debe resolverse en función de la igualdad de posibilidades porque el principio "*in dubio pro iustitia sociale* tiene categoría constitucional"⁷⁷

En suma, conforme lo señala Bidart Campos, el derecho al salario es uno de los últimos que, en tiempos de emergencia económica, debe ser afectado por medidas restrictivas. Tal vez diríamos que entre los derechos sociales es, no "uno" de los últimos que toleran la aplicación de esas medidas, sino "el" último que debe afectarse cuando ya sea haya agotado todo otro intento serio y razonable de paliar la crisis⁷⁸.

7. EPÍLOGO.

Se ha señalado con acierto que gran parte de la tradición constitucional argentina en materia de derechos sociales se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica⁷⁹. El derecho administrativo no escapa a esa crítica. Fiorini comenzaba su análisis sobre los "contratos del agente estatal" con la siguiente premisa: "El tema de los agentes de la Administración Pública se ha visto influenciado por conceptos políticos e ideológicos del pasado"⁸⁰, a los que es conveniente agregar los del presente.

Sabemos que el discurso ideológico esta presente en el derecho, desde la producción académica hasta las sentencias, emitidas en un determinado contexto histórico social, pero el problema radica en saber si el derecho administrativo es un sistema de normas y principios o, en definitiva, una técnica al servicio del poder.

⁷⁷ CSJN "*Mansilla, Manuela c. Cía. Azucarera Juan M. Terán, Ingenio Santa Bárbara*", 30/03/1982 LL 1982-D, 411), "*Berçaitz, Miguel Angel c/Instituto Municipal de Previsión Social*", 13/10/1974; cit. por CAPON FILAS, Rodolfo E., "*Protección constitucional del trabajo*", LL 2003-C, 1150.

⁷⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., "*Estamos enfermos de emergencias*, ED 140-154.

⁷⁹ ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, "*El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*", LL 2001-D, 22

⁸⁰ FIORINI, op. cit., pág. 771.