Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Revista Jurídica de Buenos Aires

Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República

María Graciela Reiriz
Coordinadora

2004

LexisNexis®
Abeledo-Perrot

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Facultad de Derecho
Departamento de Publicaciones

Revista Jurídica de Buenos Aires

Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República

María Graciela Reiriz
Coordinadora

2004

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Facultad de Derecho
Departamento de Publicaciones

Revista Jurídica de Buenos Aires

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (AÑO 2004)

DECANO: Atilio Aníbal Alterini
VICEDECANA: Mónica Pinto
SECRETARIO ACADÉMICO: Gonzalo Álvarez
SECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL: Alejandro Gómez
SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN: María Cecilia Gómez Masía
SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA: Juan Pablo Mas Vélez
SUBSECRETARIO ACADÉMICO: Sergio Brodsky
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL: Luis Mateo Barreiro

CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES:
Andrés J. D'Alessio - Alberto J. Bueres - Mónica Pinto - Ricardo A. Guibourg - Graciela Güidi
Abel M. Fleitas Ortiz de Rozas - Jorge A. Sáenz - Marcelo Gebhardt

GRADUADOS:
Carlos Mas Velez - Samuel Jablonka - José Pizzorno - Javier Petrantonio

ESTUDIANTES:
Paula Streger - Marcelo González Zedrón - Hernán Arce - Ernesto F. Taboada

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

DIRECTORA: Mary Beloff
SECRETARIO: Pablo Perel

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

DIRECTOR: Guillermo Moncayo
SUBDIRECTOR: Carlos M. Cárcova
SECRETARIO DE REDACCIÓN: Pedro Aberastury
CONSEJO DE REDACCIÓN: Arístides H. Corti, Jorge Rodríguez Mancini,
Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca
COORDINADORA PARA ESTE NÚMERO: María Graciela Reiriz

LexisNexis®
Abeledo-Perrot

Moncayo, Guillermo Revista jurídica de Buenos Aires 2005. 1a. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot LexisNexis, 2005.

628 p. ; 23x16 cm

ISBN 950-20-1628-9

1. Derecho. I. Título

CDD 340

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT
LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires Argentina
Tel. (54-11) 5235-5430 - info@lexisnexis.com.ar
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

© by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Figueroa Alcorta 2265 1° P
(C1425CKB) Buenos Aires

I.S.B.N.: 950-20-1628-9

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Se terminó de imprimir el día 11 de Marzo de 2005,
en Artes Gráficas Piscis S.R.L.
Junin 845 Buenos Aires, República Argentina
Tirada: 750 ejemplares

ÍNDICE GENERAL

DRA. MARÍA GRACIELA REIRIZ. *Palabras introductorias* 9

DOCTRINA

CAPÍTULO I
El acceso a la Justicia Administrativa

PROF. JOHANN-CHRISTIAN PIELOW: *El acceso a la Justicia Administrativa en Alemania* 15
PROF. JUAN CARLOS CASSAGNE: *El acceso a la Justicia Administrativa en la Argentina* 51

CAPÍTULO II
La profesionalización de la Administración Pública

PROF. DAISY BARÓ: *La profesionalización de la Administración Pública* 79
PROF. LUIZ PERÉZ COLMAN: *La capacitación administrativa* 89

CAPÍTULO III
El derecho administrativo frente a los procesos de integración

PROF. CELSO A. BANDEIRA DE MELLO: *El derecho administrativo brasileño frente a los procesos de integración* 105
PROF. MARIANO R. BRITO: *El derecho administrativo frente a los procesos de integración* 112

CAPÍTULO IV
Los servicios públicos y su regulación.
Agencias reguladoras independientes públicas

PROF. JORGE FERNÁNDEZ RUIZ.: *El servicio público en el orden jurídico mexicano* 129
PROF. ALEJANDRO USLENGHI: *Aportes para una reforma de los organismos de control de los servicios públicos* 149
PROF. ALBERTO BIANCHI: *Los entes reguladores* 158

CAPÍTULO V
Regímenes de contrataciones gubernamentales en espacios económicos integrados

PROF. FRANCK MODERNE: *La contratación pública en el espacio económico europeo* .. 231
PROF. JORGE A. SÁENZ: *Las contrataciones públicas en espacios económicos integrados: El caso del Mercosur* 248
PROF. ISMAEL MATA: *Regímenes de contrataciones gubernamentales en espacios integrados* 271

CAPÍTULO VI
Alcance del control judicial de las políticas públicas

PROF. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *El alcance del control judicial de las políticas públicas* 281
PROF. TOMÁS HUTCHINSON: *Principio de legalidad. Discrecionalidad y arbitrariedad* ... 297
PROF. HÉCTOR MAIRAL: *Control judicial de las políticas públicas* 320

CAPÍTULO VII
El Estado y el arbitraje

PROF. HORACIO ROSATTI: *Las dificultades del régimen arbitral CIADI, según la experiencia argentina* 335
PROF. ANTONIO A. MARTINO: *Administración e informática* 341

CAPÍTULO VIII
La organización administrativa. La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control

PROF. ANA MARÍA MERICO STEPHENS: *Participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control. Una perspectiva norteamericana* 369
PROF. MARÍA GRACIELA REIRIZ: *La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control* 387
PROF. MARÍA GRACIELA REIRIZ: *Homenaje al Prof. Dr. Agustín Alberto Gordillo* 436
PROF. GRACIELA GÜIDI: *Reforma del Estado y Reforma Administrativa* 438

CAPÍTULO IX
La función pública y la corrupción

PROF. ALEJANDRO NIETO GARCÍA: *La función pública y la corrupción* 451
PROF. JULIO RODOLFO COMADIRA: *Función pública y corrupción* 463
PROF. HÉCTOR RODRÍGUEZ: *Administración Pública y corrupción. Los límites de la estrategia normativa y de información ciudadana* 498
PROF. JUAN CARLOS PUGLIESE: *Problemas administrativos de la autonomía universitaria* 523

ENSAYOS

PROF. OSCAR OSLAK: *¿Y dónde está el Estado? Agenda social y Estado transversal* .. 541

DOCUMENTOS

PROF. NORBERTO BOBBIO: *La plenitud del orden jurídico y la interpretación* 559
PROF. PHILLIP C. JESSUP: *La participación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la edición 2004 de la "Phillip C. Jessup Internacional Law Moot Court Competition"* 565

BIBLIOGRAFÍA

ANALÍA CONDE: *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y Concordado. Director: Carlos F. Balbín* 621
MARÍA EUGENIA DONNARUMMA: *Procedimiento Administrativo. Director: Agustín Gordillo* 625

PALABRAS INTRODUCTORIAS

El presente número de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* recoge las exposiciones y conferencias del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y su Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, que tuvo lugar los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004 en el Salón de Actos de la Facultad.

Cabe recordar que la creación de la carrera de posgrado convocante se debió a la inspiración de un inolvidable Maestro del derecho administrativo argentino, el doctor Manuel María Diez, allá por 1970, quien la dirigió hasta su muerte.

Durante la gestión del ex Decano de la Facultad, el doctor Andrés D'Alessio, fui designada Directora de la Carrera (Resolución [D] 1558 del 13/3/1996) y se me encomendó la evaluación del desarrollo que había tenido durante la vigencia de la Resolución (C. S.) 2015/1987, con una propuesta de modificaciones de su plan y contenidos. Elaboramos el proyecto del nuevo régimen con la inestimable colaboración de la Coordinadora Académica doctora Graciela Güidi y de los miembros del Consejo Asesor Académico, integrado por quienes eran por entonces profesores titulares de Derecho Administrativo de la Carrera de Abogacía: doctores Juan Carlos Cassagne, Agustín A. Gordillo, Roberto Luqui, Héctor A. Mairal y Jorge A. Sáenz, incorporándose, más tarde, los doctores Julio R. Comadira y Tomás Hutchinson.

Al año siguiente, el 12 de noviembre de 1997, el Consejo Superior de la UBA dictó la Resolución 6411, por medio de la cual aprobó el nuevo Plan de Estudios y contenidos mínimos de las asignaturas de la carrera, que comenzó a dictarse en el curso lectivo de 1998. La Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU) la acreditó con la máxima categoría "A", por Resolución 261 del 17/6/1999. Los abogados de la primera cohorte de cursantes de la carrera con el nuevo plan, los "conejillos de Indias", están ya en la etapa de elaboración y presentación de sus tesinas, por lo cual esperamos que en los próximos meses se gradúen de Especialistas en Derecho Administrativo.

En ese contexto y, a través de charlas informales con mis colegas y amigos del Consejo Asesor, Dres. Sáenz y Hutchinson y con la Coordinadora Académica, Dra. Graciela Güidi, germinó la idea de que había llegado el momento de sacar a la carrera del ámbito cerrado en que había venido desenvolviéndose y proyec-

tarla a espacios académicos más amplios. El señor Director del Departamento de Posgrado Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, nos alentó a llevar adelante la iniciativa.

Convocamos a los alumnos más avanzados y les encomendamos tareas relevantes, en calidad de coordinadores de cada uno de los paneles y de las conferencias especiales del Seminario, así como la constitución de un Comité de Redacción para este número de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* que recoge las exposiciones del Seminario. Todos ellos han hecho un buen trabajo; también los que tuvieron a su cargo tareas auxiliares en la organización del Seminario. Para todos y cada uno de ellos, mis felicitaciones y mi profundo agradecimiento.

El Dr. Sáenz propuso que los ejes temáticos del Seminario sirvieran de aportes para el rediseño de nuestras instituciones vinculadas al quehacer de la Administración Pública, luego de la honda crisis en que estuvo sumergida. Por eso, en los nueve paneles y en las tres conferencias especiales en que se estructuró el Seminario, se abordaron temas fundamentales que hacen a la organización del Estado, a las formas en que desarrolla sus funciones, así como a las vías de acceso a los diferentes tipos de control de su actividad.

La exposición principal de cada uno de los paneles (con excepción del panel VII) estuvo a cargo de un catedrático extranjero, invitado a explicar cómo se ha encarado, en su país de origen, la problemática de la institución respectiva. Y correspondió a los panelistas argentinos (profesores titulares y adjuntos que se desempeñan en la carrera de especialización) exponer sobre el estado de situación local, tanto en la teoría como en la práctica. Con ese cotejo comparado de las experiencias foráneas y propias, se ha intentado arribar a conclusiones y propuestas concretas, que constituyan el producto intelectual que la Universidad brinde al país.

En el panel VII, sobre "El Estado y el arbitraje", expusieron el señor Procurador del Tesoro de la Nación doctor Horacio Rosatti y el profesor de la carrera, doctor Osvaldo E. Siseles, volcando ambos su gran experiencia sobre la actuación del Estado en instancias arbitrales, modalidad hoy muy extendida para resolución de conflictos, a partir de su incorporación en los tratados bilaterales celebrados por la Argentina.

Quiero concluir estas palabras introductorias expresando mi más profunda gratitud por el generoso apoyo del señor Decano de la Facultad, doctor Atilio A. Alterini, quien puso a disposición del Seminario todos los recursos humanos y materiales que hicieron posible un encuentro internacional de tanta envergadura. La Resolución (D) 4292 del 19/11/2003, aprobó la realización del Seminario (art. 1°) y encomendó a la Secretaría de Investigación y Relaciones Institucionales, la coordinación de las acciones necesarias a efectos de asegurar la correcta participación de la Facultad en la organización del encuentro.

De este modo, la talentosa e infatigable doctora María Cecilia Gómez Masía, Secretaria de Investigación, ejerció con la eficiencia que la caracteriza la pre-

sidencia del Comité Ejecutivo, multiplicándose para el ejercicio y coordinación de las más variadas acciones organizativas con el apoyo de un entusiasta grupo de profesores adjuntos de las diversas cátedras de Derecho Administrativo de la Facultad, que integraron el Comité Ejecutivo.

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, por la generosa iniciativa de su Director, el Dr. Guillermo R. Moncayo, brinda hoy a sus lectores una síntesis de tantos esfuerzos compartidos: las exposiciones y ponencias del Seminario Internacional de Derecho Administrativo.

María Graciela Reiriz
Coordinadora
Seminario Internacional de Derecho Administrativo

DOCTRINA

CAPÍTULO I

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ALEMANIA

por JOHANN-CHRISTIAN PIELOW*

A. INTRODUCCIÓN

I. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ANTE LOS RETOS DE LA MODERNIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

El tema del acceso a la justicia administrativa está —a principios del siglo XXI— estrechamente vinculado a los fuertes cambios estructurales que están operando la Administración Pública y el derecho administrativo, y con ellos todo el Estado social de Derecho en su conjunto. Aquellos cambios paradigmáticos se han desarrollado —al menos en lo referente a los sistemas jurídico-administrativos en los países de la Unión Europea y a partir de los años 80— siguiendo dos ejes principales.

Por un lado, se trata de motivos "internos" que requieren considerables adaptaciones de la Administración Pública: El antiguo Estado de Bienestar —el Estado de la *Daseinsvorsorge* en Alemania, el *État providence* en terminología francesa o bien el Estado de fomento y de los servicios públicos en el mundo hispano-parlante— tal y como evolucionó desde los inicios del siglo pasado, ha llegado a sus límites. El sucesivo y masivo aumento de las tareas públicas —por ejemplo en materias de la infraestructura pública (sanidad y formación pública, sistemas de la seguridad y de la ayuda social) y últimamente especialmente en materias de la protección del medio ambiente— llevó consigo un exceso hasta un verdadero colapso de los Estados de prestación que carecen, cada vez en mayor medida, de los debidos recursos financieros y personales para

* Profesor de la Universidad del Ruhr, Bochum (Alemania), Facultad de Ciencias de Economía.

satisfacer las múltiples y nuevas expectativas de los ciudadanos. Aquella crisis del *Leviathan* se observa en cierta medida también en el campo de la protección jurídica de los ciudadanos: El continuo aumento de los asuntos públicos trae consigo cada vez y automáticamente nuevos intereses o derechos y con esto una mayor e intensa complejidad de los conflictos jurídicos [1]. El intento de resolver estos conflictos "pluridimensionales" puede llevar justamente a lo contrario de lo que se entiende bajo la "eficacia" de la protección por los tribunales administrativos, es decir: a "hinchar" el sistema de la protección judicial mediante inmensas inversiones de tiempo y de finanzas hasta llegar a un verdadero bloqueo de éste. Así resulta obvio que el tema del acceso a la justicia administrativa está incluido en los debates y maniobras hacia una re-racionalización o modernización del Estado prestacional y de su aparato ejecutivo —todo en el sentido de los lemas conocidos, tales como la debida "retirada" del Estado y su *Good Governance* así como el "adelgazamiento" de su aparato ejecutivo— y también judicial.

El segundo eje evolutivo es de naturaleza "externa" y concierne al creciente enlazamiento del antiguo Estado soberano en los procesos de la internacionalización y "globalización" —que lleva consigo no sólo otros motivos para una aparente pérdida de capacidad directiva y de decisión (en alemán: *Steuerungsfähigkeit*) de los Estados nacionales. Desde el punto de vista del acceso a la justicia administrativa, no se trata de los ya conocidos procesos de una convergencia "horizontal", es decir: las inspiraciones recíprocas entre nuestros ordenamientos jurídicos y la adaptación voluntaria de conceptos judiciales en determinados países por otros [2]. Más bien, nos encontramos hoy en día ante crecientes influencias "verticales" y obligatorias de nuestros sistemas judiciales —y esto en un doble sentido: Se trata, por un lado, de las cada vez mayores vinculaciones por parte de los tratados e instituciones internacionales, como, por ejemplo, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1953 con la fuerte influencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

[1] Véanse —en la doctrina interdisciplinaria (jurídica, socio-politóloga y economista)— por ej., *Schuppert*, Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder *Bringing the State back in?*, en la revista *Der Staat*, vol. 28 (1989), ps. 91 y ss.; del mismo autor: Rückzug des Staates?, en la revista *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 1995, ps. 761 y ss.; *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, 1994; *Grimm* (ed.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990. También las atribuciones al tema "La Administración y el derecho administrativo entre la auto-regulación de la sociedad y la dirección estatal" (Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung) de la Asociación de los Catedráticos de Derecho Público Alemanes, en *Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), vol. 56, 1997.

[2] Por ejemplo y especialmente, la adaptación de las estructuras de la justicia administrativa francesa con el tradicional modelo del *Conseil d'État* en los tiempos después de la Gran Revolución en muchos otros países europeos y también fuera de Europa.

en Estrasburgo [3]. Por otro lado, alcanzan en este contexto una especial relevancia las nuevas vinculaciones procedentes de los ordenamientos "supranacionales", como se observa especialmente en el margen de la integración europea. Esto se debe no sólo a la aplicación de las normas supranacionales por las autoridades y tribunales en los Estados miembros sino también a través de los efectos inmediatos que surgen de la legislación derivada y de la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en Luxemburgo tanto para la institución como el contenido de la justicia administrativa en los países miembros. Finalmente resulta claro que en el mundo "globalizado" en que estamos viviendo y que provoca una mayor competencia entre nuestros Estados para la ubicación de actividades e instalaciones industriales o comerciales, el grado y el modo del acceso a la justicia son —entre otros muchos motivos— factores importantes para la atractividad y la competitividad de un país frente a posibles inversores extranjeros.

II. Nuevos campos de tensión

Ante estos movimientos paradigmáticos del Estado nacional de Derecho quisiera analizar con más detalle, y desde una perspectiva más bien teórica, los nuevos campos de tensión con los cuales se ve enfrentada la temática del acceso a la justicia administrativa hoy en día. Para ejemplificar estos nuevos desafíos y las respectivas repercusiones en la práctica de la justicia administrativa, así como los intentos desarrollados para su resolución, me voy a concentrar, claro está, en la situación y el derecho del contencioso-administrativo en Alemania, ilustrando a la vez algunas peculiaridades en otros países de la Unión Europea.

Se trata, en primer lugar, de poner de relieve algunas evoluciones recientes en lo referido a la propia garantía (jurídico-constitucional) del acceso a la justicia administrativa así como a la "efectividad" de la tutela judicial (*infra* B). En segundo lugar, vamos a esbozar algunos cambios importantes del acceso a la justicia administrativa que proceden de la ya mencionada "modernización" de la Administración Pública, bajo especial consideración del fenómeno de la "privatización" (*infra* C) y del cambio de los propios modos de la actuación administrativa (*infra* D). El último párrafo (D) concierne finalmente a las influencias "verticales" de los ordenamientos nacionales de la justicia administrativa por parte del derecho y de la jurisprudencia a nivel de la Unión Europea.

[3] Véase tambien *infra* B II 4. Lo mismo valdrá sin ninguna duda bajo el techo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

B. GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Toda reflexión sobre el acceso a la justicia administrativa tiene que partir de las respectivas bases jurídico-constitucionales —es decir, del derecho fundamental a la protección judicial contra los actos dañosos de los poderes públicos tal y como lo encontramos garantizado *expresis verbis* en la mayoría de los textos constitucionales, por ejemplo, en el art. 43, párr. 1°, de la Constitución de la Nación argentina o —de manera parecida— en el art. 19, párr. 4, de la Constitución alemana, la Ley Fundamental de Bonn de 1949:

> "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios (...)" [4].

Ahora bien: la propia garantía constitucional del acceso a la justicia no constituye, a pesar de su carácter de "derecho" fundamental, nada más que un principio programático y relativo, sin que podamos deducir de esta norma repuestas concretas sobre el exacto alcance de protección, es decir: sobre el ¿si? y el ¿en qué medida? del acceso a la justicia administrativa [5]. No obstante, se distingue generalmente entre dos ramos generales de efectos de protección, es decir: la propia existencia de una organización judicial así como el mandato de la tutela "efectiva" por los órganos del contencioso-administrativo.

[4] Véanse además los arts. 24, 106, Const. española; art. 103, Const. de la Rep. italiana; ahora también art. II-47 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa del 20/6/2003 (CONV 820/03). También cuando el propio texto constitucional calla, como, por ej., en Suecia, los Países Bajos y en Bélgica, con respecto al acceso a la justicia, debemos deducir aquel derecho de los conceptos generales de legalidad y justicia de la actuación del Estado, concretamente del principio de Estado de Derecho con el allí inminente derecho general a la tutela judicial (*allgemeiner Justitgewährungsanspruch*). Conf. véase E. SCHMIDT-ASSMANN, en Maunz/Dürig *et al.* (eds.), Grundgesetz (Comentario a la Ley Fundamental), § 19 IV no. 1. Sobre parecidos contenidos en la *rule of law* inglesa se puede consultar el libro de PEREIRA MENAUT, *Rule of law* o *Estado de Derecho*, Madrid, 2003, donde se alude igualmente a las actuales influencias recíprocas (*¡sic!*) entre este concepto y el principio "continental" del Estado de Derecho.

[5] Hay que considerar también que no se trata de un clásico derecho de defensa sino de un derecho de "prestación" cuyo contenido protectivo tiene que ser, debido ya a la propia capacidad de prestación en cada país, necesariamente más abierto.

I. La organización judicial

Por un lado, debe existir una organización regular de instituciones jurisprudenciales independientes [6] aptas para decidir sobre las demandas contra el poder público —lo que en un principio ni siquiera requiere la existencia de propios tribunales administrativos—. Conocemos el concepto "monista" de la organización judicial, donde se resuelven los recursos contra los actos públicos por los tribunales ordinarios (como sigue siendo el caso especialmente en Inglaterra) [7], y el art. 19, párr. 4, de la Ley Fundamental alemana postula —en su segunda frase y a pesar de la existencia de una importante organización de justicia administrativa— una competencia residual en favor del juez ordinario. Por su lado, la organización del poder judicial depende en gran medida del reparto de las competencias jurisdiccionales especialmente en Estados "compuestos" o, en términos españoles, de "pluralismo político". Así, el art. 92 de la Ley Fundamental alemana otorga el poder judicial en primer lugar a los Estados federados (los *Länder*) [8] —en su caso, con propia jurisprudencia constitucional— si bien se postula, en el art. 95, párr. 1 de la Ley Fundamental y con el fin de asegurar la homogeneidad de la jurisprudencia, también una serie de tribunales supremos a nivel nacional, entre ellos la Corte Federal del Contencioso-Administrativo

[6] Sobre la prohibición de tribunales "de excepción" y el derecho al juez legal, véase, por ej., el art. 101 de la Ley Fundamental alemana ("[1] No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal. [2] Sólo por ley podrán ser instituidos tribunales para materias especiales". Juega un papel nuevamente actualizado en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional, cuando se trata —como en los Estados Unidos— de crear tribunales especiales (así como prisiones preventivas) para presuntos militantes de grupos terroristas.

[7] También, y debido a la inexistencia de un propio derecho "público", después de la creación de un *Administrative Court* que sólo forma un elemento dependiente de la *Queen's Bench Division of the High Court*, conf. (de manera muy instructiva) J. A. Jolowicz, "Administrative procedure in english law", en Instituto de Derecho Público (Caracas, ed.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI (estudios en homenaje al Prof. A. R. Brewer-Carias)*, t. II, Madrid, 2003, ps. 2423 y ss.; para una distinción entre el concepto "dualista" y "monista" de la justicia administrativa: Gross, "Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union", en la revista *Die Verwaltung*, vol. 33 (2000), ps. 415, esp. 418 y ss., con más referencias.

[8] "El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los *Länder*".

(*Bundesverwaltungsgericht*) que acaba de cumplir su 50º aniversario [9], por no olvidar la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) [10].

Más allá de esas peticiones jurídico-constitucionales, el alcance del acceso a la justicia administrativa depende nuevamente y en gran medida de su precisión por el legislador (en Alemania: por la ley federal sobre la justicia administrativa, *Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO* [11]). El art. 19, párr. 4, del la Ley Fundamental y las normas sobre la organización del cuerpo judicial no se expresan ni sobre la organización interna de la justicia administrativa (por ej. ¿juzgados unipersonales u órganos colegiales?) ni sobre el alcance de la vía judicial, especialmente sobre las posibilidades de recurrir en instancias superiores de apelación y/o de casación o de pedir previas medidas cautelares [12]. Tampoco se prohíben recortes y limitaciones posteriores de un determinado estándar del contencioso-administrativo una vez existiendo, tal y como han sido realizadas en los últimos años en Alemania (*infra* B III).

II. Tutela efectiva

Cierto que la mejor organización de una justicia administrativa no vale nada si no se efectúa el acceso a ésta en la realidad, o —en palabras de la Corte Constitucional Federal alemana— si no se garantiza sustancialmente e individualmente "un control judicial verdaderamente efectivo" [13]. El principio de la tutela efectiva forma otro pilar decisivo en cada ordenamiento judicial del cual emana, en lo referido a la accesibilidad de la justicia administrativa, importantes reivindicaciones, entre otras [14]:

[9] Véase la página web del *Bundesverwaltungsgericht* (VwGO) en Leipzig: *www.bverwg.de*; con ocasión del 50º aniversario de este Tribunal se ha editado un libro homenaje: Schmidt-Assmann (ed.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003. El art. 95 párr. 1, LF, prevé además: la Corte Federal (justicia ordinaria —penal y civil—, el *Bundesgerichtshof*), la Corte Federal de las Finanzas/Hacienda (*Bundesfinanzhof*), la Corte Federal de Trabajo (*Bundearbeitsgericht*) y la Corte Federal Social (*Bundessozialgericht*).

[10] Según los arts. 92 a 94 de la Ley Fundamental.

[11] Conf. *Verwaltungsgerichtsordnung* del 19/3/1991 (Boletín Oficial de la Federación —*Bundesgesetzblatt*— I, p. 686) con últimas modificaciones realizadas por la ley del 5/5/2004 (BGBl. I, p. 718).

[12] Véanse también las sentencias de la Corte Constitucional Federal, en BVerfGE 4, 74 (94 f.); 87, 48 (61); 89, 381 (390); Schmidt-Assmnann, en: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung* (comentario), 2003, Einleitung, p. 18, nros. 27 y ss.: "Ni siquiera se requiere una segunda instancia para materias complicadas".

[13] Conf. por ej., BVerfGE 35, 263 (274); 61, 82 (110 f.).

[14] De manera exhaustiva e instructiva sobre estos requerimientos: Schmidt-Assmann, en Maunz/Dürig *et al.* (eds.), *Grundgesetz* (comentario), 2003, art. 19, párr. 4, nros. 233 y ss.

1. La claridad de la vía judicial

En primer lugar, se tiene que garantizar la adecuada claridad sobre las distintas vías judiciales y la elección entre ellas así como entre los diferentes modos de recurso judicial. A tal fin sirve especialmente la cláusula general sobre la competencia de los tribunales administrativos en la ley alemana sobre la justicia administrativa (art. 40, párr. 1, VwGO), cuando haya un asunto de naturaleza jurídico-pública (o bien: de derecho administrativo) que no sea de carácter jurídico-constitucional. Con ello queda garantizado el derecho a la jurisdicción en el supuesto (no sólo teórico) de que para un asunto público no entrase a conocer la jurisdicción contencioso-administrativa o las jurisdicciones administrativas especiales (por ejemplo, tribunales de asuntos de seguridad social y tribunales de hacienda). La cláusula general pública se combina con la cláusula general en derecho procesal civil. De contraponer ambas cláusulas generales resulta que no pueda quedar un asunto sin amparo judicial, ya que los asuntos jurídicos o son públicos o son privados. Queda excluido así cualquier sistema de *numerus clausus* de las acciones o pretensiones especiales —por correr el riesgo de dejar nuevos tipos de asuntos jurídicos fuera del amparo judicial— igual que cada extinción definitiva de determinadas vías judiciales.

2. Limitaciones arbitrarias

Principalmente se admiten meras limitaciones —formales o temporales— de acceso a la justicia administrativa, si bien bajo reserva de su legitimación por los intereses públicos y de la debida consideración de los derechos fundamentales y del principio de la proporcionalidad. Se prohíben, entonces, limitaciones arbitrarias —tanto que se trate de los plazos para interponer una acción judicial (debe ser posible especialmente la reposición al estado anterior), de la obligación a recurrir en un procedimiento administrativo previo, de la preclusión de objeciones que no han sido declaradas dentro del plazo previsto en el procedimiento administrativo como de la caducidad de la acción judicial (por ej., por razones de buena fe) o del renuncio a ésta. Entran en esta categoría finalmente las reglas sobre el uso de idiomas extranjeros en el juicio [15] así como sobre las tasas judiciales y, en su caso, de la debida concesión del beneficio de pobreza [16].

[15] Sobre este asunto, se expresan, por ej., los arts. 185 y ss. de la ley (alemana) sobre el ordenamiento de la justicia (*Gerichtsverfassungsgesetz*), válida para todos los cuerpos y procedimientos judiciales.

[16] Sobre las consecuencias de la reciente reforma de la legislación (alemana) sobre los costes procesales: STUTTMANN, "Auswirkungen des neuen Gerichtskostengesetzes auf den Verwaltungsprozes", en revista *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.), 2004, ps. 681 y ss.

Se puede mencionar también la regulación de los honorarios de abogado [17], especialmente cuando el legislador pretende fomentar por esta vía —y de una manera exagerada— la conciliación extrajudicial de los litigios (ver también *infra* D III 1).

3. ¿Recurso contra cualquier acto de los poderes públicos?

Para el alcance y la efectividad de la tutela judicial es decisivo saber también, si se admite el recurso judicial contra cualquier acto del "poder público" —en palabras del art. 19, párr. 4, de la Ley Fundamental alemana— o si se abre la vía judicial sólo cuando estamos, como dice el art. 43 de la Constitución argentina, ante actos (u omisiones) de las autoridades públicas. Esta última norma parece limitarse sólo a la tutela frente al Poder Ejecutivo si no, de manera más estrecha aún, a los entes meramente administrativos (excluyendo así los actos de gobierno [18]). Cierto que con esta pregunta ya estamos dejando el tema del acceso a la justicia "administrativa". Allí no caben en un principio los juicios contra los actos legislativos ni jurisprudenciales; estamos más bien (al menos en Alemania, España y Francia) ante la competencia de los tribunales constitucionales. No obstante, me parece imprescindible señalar en este contexto que la doctrina alemana de hoy en día se expresa en gran mayoría y conforme a la más reciente jurisdicción de la Corte Constitucional Federal en favor de la tutela efectiva contra *todos* los actos públicos [19]. Excepciones a esta regla requieren una clara habilitación a nivel jurídico-constitucional, como ocurre en Alemania en el ámbito de la protección del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones [20], en lo referido a las resoluciones de las comisiones (parlamentarias) de investi-

[17] Una reforma de los honorarios de abogado entra en vigor en Alemania el 1/7/2004, conf. HARTUNG, "Das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz", en revista *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, ps. 1409 y ss.

[18] Como parcialmente es el caso en Francia. Conf. los avisos ius-comparativos de BIANCHI, El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia, en Instituto de Derecho Público (ed.), *Estudios en homenaje a A. R. Brewer-Carias*, cit., ps. 2265 y ss. (con más referencias acerca del sistema español y francés).

[19] Sobre la problemática de la debida tutela efectiva contra los actos judiciales (por ej. cuando se trata de la revisión de decisiones que lesionen de manera manifiesta derechos individuales sin que haya un remedio de apelación), véase VOSSKUHLE, A., *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993; SCHMIDT-ASSMANN, E., cit. (nota 14), nro. 96 y ss.

[20] Según el art. 10, párr. 2, LF (en su versión de una enmienda constitucional en el año 1968) se pueden disponer restricciones de estas libertades en virtud de una ley: "Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un *Land*, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos auxiliares por los representantes del pueblo"; para una interpretación bastante restrictiva de esta norma, véase la sentencia de la Corte Constitucional Federal en BVerfGE 30, 1, ps. 24 y ss.

gación [21] así como en el curso de la reforma del derecho de asilo [22]. Entran en el juego de esta manera no sólo las propias leyes federales y regionales (de los estados federados) —en su caso y ya desde la aprobación de la Ley Fundamental objetos de recursos especiales [23]— sino también los actos gubernamentales [24] tanto como las actividades "legislativas", mejor: normativas de los entes ejecutivos (ministerios federales y regionales), especialmente los reglamentos y ordenanzas [25].

[21] Según el art. 44, párr. 4, LF estas resoluciones "no podrán ser sometidas a la consideración judicial".

[22] Según el nuevo art. 16a, párr. 4, LF (incorporado en 1993), el juez (administrativo) sólo podrá ordenar la suspensión de la ejecución de medidas, que pongan fin a la residencia "manifestamente injustificada" de un extranjero en el territorio nacional, "si hay serias dudas en cuanto a la legalidad de la medida; la extensión de la investigación puede ser restringida y una alegación posterior al plazo fijado puede no ser tenida en cuenta; la regulación se hará por una ley". Para más informaciones: BECKER, en VON MANGOLDT/KLEIN/STARCK (eds.), *Das Bonner Grundgesetz* (comentario a la Ley Fundamental), t. 1, 4ª ed. 1999, art. 16a, nros. 123 y ss.

[23] Mediante el "control abstracto de normas" según el art. 93, párr. 1, nro. 2, LF, a petición del gobierno federal, del gobierno de un *Land* o de un tercio de los miembros del *Bundestag* (Parlamento federal); el mismo remedio se da contra las leyes regionales a nivel de los estados federados (*Länder*) con propio tribunal constitucional (regional), así como a través del "control concreto" mediante la pronunciación prejudicial de la Corte Constitucional a petición de cualquier tribunal ordinario, administrativo, etcétera.

[24] Ya por no poder ser definidos claramente se dan restricciones, sin embargo y cuando se trata, por ej., del control de los actos de la política exterior o económica, en lo referido a la *densidad* del control durante el recurso o simplemente, porque el demandante no puede apoyarse en la lesión *directa* de un derecho sujetivo, conf. SCHMIDT-ASSMANN, cit. (nota 14), nros. 81 y ss. Para un análisis comparativo entre el derecho norteamericano y la situación en la Argentina en este contexto veáse otra vez el precitado artículo de BIANCHI, cit. (nota 18), ps. 2269 y ss., 2285 y ss.

[25] En este último contexto se estaba discutiendo durante un tiempo en Alemania, si un reglamento con efecto directo, es decir, con inmediata lesión de un derecho sujetivo (sin necesidad de un acto ejecutivo; *self-executing-norm*) puede ser atacado por el afectado directamente a través del recurso de amparo ante la Corte Constitucional Federal. El problema se planteó en vista de las actuales formas de acción por la ley sobre la justicia administrativa, que no cabían, según su hasta ahora específico ámbito de aplicación, para estos casos concretos. La polémica fue resuelta en vista del principio de la *subsidiariedad* del recurso de amparo así como de la propia garantía de la tutela judicial en el art. 19, párr. 4, LF, que prohíbe un *numerus clausus* de las acciones judiciales, y en el sentido de que los recursos existentes en la ley del contencioso-administrativo tienen que ser interpretados de manera exhaustiva (y aplicados también en casos atípicos) o que se tienen que crear *nuevas* formas de acción aptas para abarcar estos casos de los reglamentos con efecto jurídico directo. Véase: PIELOW, "Aktuelle Entwicklungen beim Rechtsschutz gegenüber untergesetzlichen Normen", en *Die Verwaltung*, vol. 32 (1999), ps. 445 y ss. —seguido por la Corte Constitucional Federal en su sentencia del 3/7/2001 (1 BvR 1472/99)— así como SCHMIDT-ASSMANN, cit. (nota 14), nros. 53 y ss.

4. El acceso a la justicia dentro de un plazo razonable

Finalmente, la efectividad de la tutela judicial requiere el acceso a la justicia administrativa "dentro de un tiempo razonable" [26]. Con esto se pide, en primer lugar, un sistema efectivo de la *tutela cautelar* cada vez que existe el riesgo de que la decisión judicial final (en cuanto a fondo) llegue —como en el caso de la reclamada admisión de una empresa a infraestructuras públicas (por ej., a una feria que sólo dura pocos días) o de una demanda de tercería contra una autorización de construir— demasiado tarde y cause daños irreparables. En este contexto contamos con importantes matices especialmente por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo que voy a esbozar más adelante (*infra* E III 2). Habrá que destacar aquí que la efectividad temporal del acceso a la justicia requiere, en segundo lugar, la resolución *definitiva* del asunto dentro de un plazo razonable —lo que está prescripto explícitamente en el art. 6°, párr. 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que postula el derecho a un "tratamiento correcto dentro de un tiempo adecuado" (*fair trial within reasonable time*) [27]. En reiteradas ocasiones ha sido especialmente la justicia alemana (incluida la Corte Constitucional Federal) la que —como consecuencia de un entendimiento "exagerado" de la *Rechtsstaatlichkeit* y en relación con procedimientos judiciales que duraban seis años y más— se vio condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) por no haber cumplido con este requisito [28]. Entretiempo, el mismo tribunal está pidiendo a los Estados miembros del Convenio (y conforme a gran parte de la doctrina alemana [29]) establecer un especial recurso "de aceleración" (*Beschleunigungsbeschwerde*) para evitar la vaciación de la tutela efectiva a través de procedimientos que duran demasiado [30].

[26] Sentencia de la Corte Constitucional Federal, en BVerfGE 69, 253 (269).

[27] Sobre el principio del *fair trial* véase también *Tettinger*, Fairness und Waffengleichheit: Rechtsstaatliche Direktiven für Prozess und Verwaltungsverfahren, 1984.

[28] Ver, por ej., las sentencias publicadas en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1979, ps. 477 y ss., 1989, ps. 652 y ss., así como 1997, ps. 2809 y ss. Las sentencias se pueden consultar también en la página web *www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm*

[29] Conf. las referencias en SCHMIDT-ASSMANN, cit. (nota 14), nro. 263a; ver también RIEDEL, "Access to Justice as a Fundamental Right in the German Legal Order", en del mismo autor (ed.), *German Reports on Public Law*, 1998, ps. 77 y ss., especialm. ps. 84 y ss.; recientemente: BRITZ-PFEIFER, "Rechtsbehelf gegen unangemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsprizess", en *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2004, ps. 245 y ss.

[30] Conf. sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2001, ps. 2694, 2699 y ss. y, basándose también en el art. 13 del Convenio que requiere un recurso efectivo ante las instituciones nacionales para la defensa contra violaciones de los derechos individuales del Convenio. Por más detalles: GUNDEL, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, ps. 17 y ss.

III. Efectividad de la tutela judicial, seguridad jurídica y eficacia administrativa

Donde hay tanta iluminación, también deben existir sombras: Cierto que el lema jurídico-constitucional de la tutela efectiva trae consigo, como ya se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerables riesgos y desventajas: cuanto más extendemos el acceso a la justicia administrativa (con nuevas instancias de decisión y prolongados procedimientos de todo tipo de recurso) tanto más sufrirá el propio interés en la debida creación de la seguridad jurídica —o sea, seguridad jurídica del recurrente que debe temer, durante los años que puede durar un trámite judicial, de ser afrentado con nuevas objecciones por la parte contraria o por parte de terceros o bien, en el peor caso, de recibir una decisión del juez que al fin y al cabo —piénsense en la lucha por la autorización de un establecimiento industrial— ya no tiene ningún valor para el demandante (como resultado, por ej., de un cambio de las demás condiciones marco para las inversiones).

Un menoscabo de la seguridad jurídica se da también, y por otro lado, desde la perspectiva de los entes administrativos: imagínense los efectos negativos que resultan para el equilibrio y desarrollo regional y económico cuando importantes procesos de la planificación infraestructural (para carreteras, aeropuertos o plantas para la producción de energía) se ven frenados u obstaculizados por reiterados recursos judiciales de terceros (vecinos, otras autoridades públicas como los municipios afectados o asociaciones para la protección del medioambiente). De allí las voces que advierten ya por convertir la efectividad de la tutela judicial en el otro extremo del acceso a la justicia —que sería la "hipertrofia del Estado de Derecho" o bien el "Estado de Derecho total" [31] por llevar consigo considerables paralizaciones de las demás actividades públicas y privadas—.

Entra en juego entonces, al lado de la efectividad de la tutela judicial y sobre todo en vista de los actuales déficit en muchos presupuestos públicos, también el aspecto meramente económico de la eficacia de los sistemas: eficacia de la Administración y a la vez eficacia de la justicia administrativa —visando a realizar el máximo efecto práctico para la persecución de los fines públicos con un mínimo de gastos públicos [32]—. Con ello, habrá que darse cuenta en cierta me-

[31] Ver Schmidt-Assmann, en Schoch-Schmidt-Assmann (eds.), cit. (nota 12), Einleitung nro. 3, con más referencias.

[32] Generalmente sobre la debida (y discutida) "economización" de la Administración Pública y de la justicia administrativa en la literatura alemana, y entre otros: Gross, "Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozessrechts", en *Die Verwaltung*, 2001, ps. 371 y ss.; Burgi, "Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verwaltungsrecht", en Butzer u.a. (eds.), *Wirtschaftlichkeit im Organisations- und Verfahrensrecht*, 2004, así como las contibuciones a la obra colectiva de Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998. Sobre los aspectos económicos de la actividad judicial también Würtenberger, en libro homenaje (*Festschrift*) a W. Brohm, 2002, ps. 631 y ss.

dida de un papel hasta esquizofrénico del acceso "efectivo" a la justicia administrativa: Cuando se extiende este principio de manera excesiva, se llega a la paralización de las demás tareas públicas así como de su antes constatado valor como *soft skill* y garante para la competitividad económica del país y de su industria —por no hablar de la pérdida de confianza del propio ciudadano en el buen funcionamiento del Poder Judicial. De algún modo podríamos decir: más acceso a la justicia significa menos calidad de la tutela judicial, o viceversa: menos acceso a la justicia significa más efectividad (y a la vez eficacia) del sistema en su conjunto.

Así se entiende que el reciente desarrollo del contencioso-administrativo en Alemania ha sido caracterizado por el intento de abandonar algunos excesos que ha tomado el acceso a la justicia administrativa en los últimos tiempos. Los respectivos proyectos de reformas se llevaron a cabo precisamente en el curso de la reunificación alemana, cuando se trataba de llevar adelante la adaptación de las infraestructuras públicas en los territorios de la antigua República Democrática Alemana —sin frenar este proceso por exagerados procedimientos judiciales— y también con el fin de descargar la justicia administrativa en su conjunto [33]. Elementos claves de este proceso de reforma han sido el drástico recorte del derecho de apelación [34], considerables recortes de los recursos contra planes (especialmente planes de urbanismos) así como la limitación del efecto suspensivo de los recursos judiciales o administrativos y mayores posibilidades para los tribunales administrativos de primera instancia, con un juez único, para decidir, en vez de la sala con tres jueces y dos adjuntos, como es la regla. Muchas de estas reformas han sido criticadas por el "accionismo a toda prisa" de legislar e incluso por su (parcial o total) inconstitucionalidad [35], lo que llevó a una modesta "reforma de la reforma" con algunas anulaciones de las anteriores agravaciones mediante ley del 20 de diciembre de 2001 [36]. De momento, se está discutiendo —más bien por motivos económicos— la fusión de la hasta ahora independiente justicia social (*Sozialgerichtsbarkeit*) con la justicia administra-

[33] Véase especialmente la Sexta Ley sobre la modificación de la ley sobre la justicia administrativa (*6. Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung*) del 1/11/1996 (BGBl. I, p. 1626). Aquella reforma se vio acompañada por modificaciones sustanciales de la legislación sobre la planificación del territorio y de urbanismo, así como sobre el procedimiento administrativo general, caracterizadas por considerables simplificaciones, aceleraciones y también "privatizaciones" de los procedimientos de planificación, así como por mayores posibilidades para la subsanación de faltas en el procedimiento administrativo y de planificación.

[34] Hoy sólo se admite cuando haya declaración de admisión del recurso, si bien con posibilidad de un recurso de queja contra la inadmisión.

[35] Véase, por ej., SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 9ª ed. 2004, ps. 4 y ss.

[36] Conf. *Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess* (BGBl. I, p. 3987).

tiva [37], así como la habilitación para una mayor autoadministración (sobre todo financiera) del Poder Judicial contencioso-administrativo [38].

De todas maneras, el principio de la tutela efectiva no se puede entender de manera absoluta —como cláusula mágica o mandato hacia su optimización o maximización—. Como ha dicho con toda razón el iuspublicista alemán Eberhard Schmidt-Assmann, debe aplicarse más bien en el sentido de un "mandato de ponderación" *(Abwägungsprinzip)*, con el fin de crear un "equilibrio entre la protección de los derechos individuales y los demás intereses públicos y particulares", por su caso reforzados por las demás garantías constitucionales: Tutela "efectiva" quiere decir, desde luego, tutela equilibrada [39].

C. JUSTICIA ADMINISTRATIVA *VERSUS* MODERNIZACIÓN, ESPECIALMENTE "PRIVATIZACIÓN" DE LA ADMINISTRACIÓN

Desde las relaciones problemáticas entre el postulado constitucional de la tutela judicial efectiva y el "principio económico" llegamos a otro campo de tensión, no menos problemático, que concierne a la relación entre el acceso a la justicia administrativa y lo que solemos llamar, de manera muy poco especificada, la "privatización" de la propia Administración Pública y especialmente de lo que antes eran los "servicios públicos". El tema está estrechamente vinculado al ya aludido fenómeno del debido "adelgazamiento" del Estado así como de la modernización de su aparato administrativo y se refiere a la sucesiva enajenación de las tareas administrativas que hasta hace poco formaban un núcleo duro de sus actividades ejecutivas. Quisiera iluminar sólo algunas preguntas fundamentales de las muchas que se ponen en este contexto:

I. Pérdida de la tutela judicial por los tribunales administrativos tras la privatización de los "servicios públicos"

Tras la privación de determinadas tareas de prestación del anterior —y elusivo— inventario de la Administración Pública nos encontramos frecuentemen-

[37] Un paso semejante requiere, de todas maneras, una enmienda constitucional al chocar con el art. 95, párr. 1, LF que prescribe la existencia de la propia Corte Federal Social (*Bundessozialgericht*).

[38] Por más detalles, Gross, "Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit?", en *Die Verwaltung*, suplemento nro. 5, 2002, ps. 217 y ss.

[39] Ver Schmidt-Assmann, cit. (nota 12), nro. 4; en el mismo sentido Schoch, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, p. 1013; Huber, en Von Mangoldt-Klein-Starck (eds.), *Grundgesetz* (comentario a la Ley Fundamental), art. 19 Abs. 4 nro. 388.

te —como en el caso de la privatización de los servicios de transporte público, de las telecomunicaciones o del correo— fuera de la competencia de los tribunales administrativos. Se trata entonces y simplemente de actividades económicas privadas [40] —al menos cuando el operador del servicio en cuestión no actúa (como frecuentemente es el caso en los ordenamientos jurídicos romanos, especialmente bajo el concepto francés de la *concession du service public*) como un "concesionario" y entonces casi como un propio ente administrativo [41]—.

Consecuentemente, las relaciones jurídicas entre el operador del servicio y los usuarios de éste son igualmente de naturaleza jurídico-privada, con lo cual se da —debido a la limitación de la justicia administrativa en los recursos de derecho jurídico-público— la competencia del juez ordinario. Resulta obvio, sin embargo, que los tribunales civiles regularmente no juzgan, por ejemplo, sobre la legitimación o no del cierre de un determinado servicio de autobús o del abandono de unas oficinas de correos o cabinas de teléfono público. Llega aquí la hora de la "regulación" (*Regulierung*), mejor dicho: de la debida "re-regulación" de los servicios públicos privatizados o "desregulados": El Estado no se puede desembarazar de todas sus responsabilidades en lo que se refiere a la continua, igual y suficiente prestación al menos de algunos servicos "existenciales" (servicios "universales" en el suministro de agua, energía, transportes públicos, telecomunicaciones, etc.). Sigue quedándose, a pesar de la enajenación de sus anteriores competencias (exclusivas) con la prestación de determinados servicios y como se dice en la doctrina alemana, obligatoriamente con la "responsabilidad de garantía y de control" (*Gewährleistungsverantwortung*; también se habla de su "responsabilidad infraestructural", *Infrastrukturverantwortung*) [42]. Es decir que debe vigilar sobre el abastecimiento adecuado y accesible para todos los ciudadanos

[40] En este sentido reza por ejemplo el art. 87f, párr. 2 de la Ley Fundamental, en lo que se refiere a los servicios de correos y de las telecomunicaciones: aquellos servicios "serán prestados como actividades económicas privadas por las empresas surgidas del [anterior] Patrimonio Especial Correo Federal Alemán [*Deutsche Bundespost* como antiguo ente administrativo de la Federación] *y por otros operadores privados*".

[41] El concepto de la "concesión" de un servicio (originalmente) público —como tal— a un privado y bajo la persistencia de la *maîtrise* (como se dice en Francia) más o menos absoluta del ente administrativo concedente, sólo se usa muy raramente en el derecho alemán. Véase también mi estudio comparativo entre el concepto francés de *service public* y el concepto alemán de la *öffentliche Daseinsvorsorge* ("*'Service public' en France et 'Daseinsvorsorge' en Allemagne - Convergence des objectifs, diversité des moyens*"), en *Revue Juridique de l'Entreprise Publique - Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, 2003, ps. 572 y ss.

[42] Todo en este sentido, por ej., el art. 87f, párr. 1 de la Ley Fundamental alemana: "Por lo que respecta al servicio de correo y de las telecomunicaciones, la Federación garantizará [*i. e.:* no prestará] en todo el territorio, de acuerdo con lo que disponga una ley federal (...), servicios adecuados y suficientes".

de aquellos servicios "universales" [43]. Todo esto implica también la responsabilidad estatal para crear un sistema "adecuado" de reacción judicial frente a los nuevos operadores de los servicios —y más allá de las pretensiones que normalmente existen en las relaciones contractuales del derecho civil, todo en el sentido de la protección del ciudadano como consumidor, sea en forma de recursos propiamente judiciales o bien en forma de recursos específicos de queja ante los nuevos órganos y agencias de la regulación de los servicios públicos—. Al mismo tiempo se tienen que resolver los (cada vez más) conflictos jurídicos entre los nuevos competidores y operadores privados de los servicios públicos —especialmente, cuando se trata de los abusos de las posiciones dominantes en el mercado de los ex monopolistas (y ex empresas públicas), o bien de las múltiples dificultades en la realización del debido acceso de terceros (*third party access*) a las redes de telecomunicaciones, de energía y de transporte ferroviario, así como a otras infraestructuras esenciales (*essential facilities*, por ej., aeropuertos o servicios de puertos marítimos o fluviales)—. Aquí entra en juego, al menos en Alemania, nuevamente el juez ordinario, ahora en la aplicación del derecho de la competencia con sus normas contra el abuso de monopolios o sobre la prohibición de cárteles —si bien estamos observando en este contexto no pocos y duros conflictos de competencia y preguntas abiertas acerca de las restantes tareas —complementarias o exclusivas— de la justicia administrativa [44]. De manera general se puede decir que con el paulatino desarrollo de un propio "derecho administrativo de la regulación" (*Regulierungsverwaltungsrecht* [45]), caracterizado por nuevos trámites de dirección y de control del suministro de los servicios públicos por parte de las nuevas autoridades —públicas— de regulación, podrá aumentar teóricamente y de nuevo el "peso" de la justicia administrativa, si bien existen también síntomas que visan precisamente en la dirección opuesta [46].

[43] Más detalladamente sobre este concepto de la "responsabilidad de garantía (de los servicios públicos)" del Estado: PIELOW, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung* (un estudio de derecho comparativo sobre los *elementos básicos del abastecimiento de los servicios públicos en la Unión Europea)*, 2001, especialmente ps. 302 y ss.; también: HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998.

[44] Véase en este contexto mi estudio *The regulation of the German energy markets after liberalization: Recent developments*, en BURGI-PIELOW (eds.), *Public Utilities in Germany and Italy: An Overview*, 2003, ps. 1 y ss.

[45] Conf., por ej., MASING, "Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts", en: *Die Verwaltung*, vol. 36 (2003), ps. 1 y ss. Más generalmente se habla de la necesidad de desarrollar un propio "derecho (administrativo) para las consecuencias de la privatización" (*Privatisierungsfolgenrecht*).

[46] Así en el actual proyecto de reforma del Ministerio Federal alemán para una nueva ley de régimen energético, que prevé, a pesar de crear una nueva autoridad con nuevos instrumentos puramente administrativos (y de derecho público) de regulación del acceso a las redes de suministro, para la resolución de posibles conflictos judiciales la competencia (exclusiva) de los tribunales *ordinarios*. En cambio y en lo referido a la regulación de los precios de energía a pagar por los hogares privados se mantiene la competencia del contencioso-administrativo.

II. La "autorregulación" privada en el Estado "cooperativo"

Estrechamente unida a la liberalización y privatización de los "servicios públicos" va el fenómeno de la "autorregulación" privada —ya que el suministro de muchos servicios públicos está, en cuanto no se erige un sistema de la regulación "pública", sujeto a la regulación facultativa entre los nuevos operadores y competidores privados mismos [47]—. Bajo la palabra "autorregulación" (o *self-regulation*) se suelen resumir también otras apariencias que se refieren más a la creciente enajenación de las tareas propiamente *normativas* del Estado y que llevan consigo otros problemas en cuanto al acceso a la justicia administrativa. Se suele hablar, también en este contexto, del Estado "cooperativo" para destacar que la persecución de los intereses y fines públicos puede —y debe— ser hoy en día y por muchas razones no sólo un asunto del Estado sino que se contempla como un asunto "repartido" entre el Estado y la sociedad.

El fenómeno de la autorregulación juega un gran papel práctico, por ejemplo, en los campos de la protección del medio ambiente y del derecho de la técnica: Piénsese en las ya existentes y múltiples organizaciones privadas que otorgan certificados sobre la evaluación de los impactos medioambientales de determinadas instalaciones industriales y de urbanización [48] o que dictan normas técnicas sobre la debida calidad de productos industriales —todo esto en el margen de un autocontrol *facultativo* de las correspondientes actividades privadas—. Concretamente, se ha discutido en Alemania la vía judicial para la defensa contra directivas de la Cámara Federal de Médicos (una asociación de derecho privado), que regulan el trasplante de órganos humanos —con el resultado que sólo se dé la competencia del juez ordinario—. El mismo problema se da en el caso de los colegios privados, al menos en cuanto esas instituciones no se encarguen de verdaderas actividades de poder público [49].

Otra pregunta abierta en la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana concierne a la vinculación de los tribunales administrativos —y así en cierta medida también al alcance del acceso a la justicia administrativa— por aquellas regulaciones y directivas privadas, en las cuales se apoyan las autoridades admi-

[47] Así, el tema del acceso a las redes de suministro eléctrico y de gas, se ve momentáneamente, o sea, hasta la entrada en vigor de la proyectada nueva ley sobre el régimen de energía en Alemania, "regulada" a través de los llamados "Acuerdos de los asociaciones" —*Verbändevereinbarungen;* en inglés: *Association Agreements*— entre las asociaciones de la industria energética y de los grandes consumidores (industriales).

[48] Existe, debido a la respectiva legislación europea, un concepto de la participación facultativa de empresas industriales en un sistema común para el manejo del medio ambiente y el control de la conformidad de las empresas con las normas medioambientales (*Öko-Audit*), según la ley (alemana) sobre el "audit ecológico", *Umwelt-Audit-Gesetz*, del 7/12/1995 (BGBl. I, p. 1591).

[49] Véase Schmidt-Assmann, en Maunz-Dürig, cit. (nota 14), nros. 56a y ss.

nistrativas para la interpretación y concretización de los conceptos jurídicos indeterminados en la legislación medioambiental o técnica: Se trata, por ejemplo, de las normas de una asociación de ingenieros sobre los valores límites para emisiones ruidosos o de sustancias químicas u otros estándares medioambientales que sirven para la determinación del concepto "contaminación dañosa" o "desventaja considerable para el medio ambiente o los vecinos", en la legislación sobre la protección contra emisiones [50]. Otros "reglamentos" privados se han dictado con el fin de concretizar el concepto jurídico indeterminado "según el estado de la ciencia técnica" como lo encontramos, por ejemplo, en la legislación sobre los requisitos para instalaciones de la energía nuclear y, muy actual, de la tecnología bioquímica (genealógica). Para responder a la pregunta, si semejantes autovinculaciones de la Administración en orientación a normas "privadas", vinculan también al juez administrativo, la Corte Federal del Contencioso-Administrativo ha distinguido entre directivas de "interpretación" y directivas de "concretización" de una norma legal indeterminada; sólo en el último caso admitió un margen de propia consideración administrativa, que debería respetarse en el trámite del contencioso-administrativo [51].

Dentro del concepto de la autorregulación están también los llamados *acuerdos voluntarios* (*voluntary agreements*) entre empresas o las respectivas asociaciones de la industria y el Estado: Concretamente, se trata de las autoobligaciones voluntarias de la industria frente al gobierno sobre la reducción de las emisiones en el contexto de la debida protección de la atmósfera (especialmente: reducción del CO_2 y de otros gases dañosos para el clima, bajo el conocido acuerdo internacional de Kyoto) [52], o bien sobre la cooperación de la industria eléctrica en la sucesiva salida del uso de la energía nuclear en el marco del "Compromiso Nuclear" (*Atomkompromiss*) del 14/6/2000 [53]. Estos acuerdos se contemplan, en un principio, como meros *gentlemen agreements* o *soft law*. Vinculan entonces más de manera política que propiamente jurídica. No obstante, uno se pregunta, si no existen posibilidades de reacción judicial, cuando el gobierno o

[50] Ver el art. 3°, párr. 1 de la *Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)* del 14/5/1990 (BGBl. I, p. 880).

[51] Conf. sentencia del *Bundesverwaltungsgericht* del 19/12/1985, en BVerwGE, vol. 72, p. 300 (320). Otro problema en este contexto constituye, desde el punto de vista de la necesaria legitimación democrática de toda actuación administrativa, la debida composición "pluralista" de los gremios privados que dictan estas normas.

[52] Véase al respecto mi artículo "Political initiatives concerning the implementation of the Kyoto protocol in Germany", en CAMERON-ZILLMANN (eds.), *Kyoto: From Principles to Practice*, London, 2001, ps. 73 y ss.

[53] *http://www.bmu.de/atomkraft/fset1024.php*; ver también: CARINO, C., *Energy Law in Germany*, 2003, ps. 44 y ss.; los resultados de este compromiso han sido incorporados en la nueva "Ley sobre la terminación ordenada del uso de la energía nuclear para la producción industrial de electricidad" (*Gesetz zur geeordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität*) del 22/4/2002 (BGBl. I, p. 1351).

el propio legislador quiera cambiar el rumbo de su política medioambiental o energética, provocando así contradicciones con lo establecido en los acuerdos voluntarios (por ej., mediante una mayor y adicional carga de las empresas consumidoras de energía con impuestos "ecológicos" o a través de la denegación de la autorización para la necesaria modificación de una planta nuclear que deberá, según el "compromiso nuclear", seguir operando). Esta cuestión se resolverá sobre todo según el principio de la debida protección de la confianza legítima [54], sin que podamos determinar de manera definitiva la competencia o del juez administrativo o bien de los tribunales constitucionales en estos asuntos especiales [55].

Habrá que aludir finalmente a otro aspecto de la "desregulación" estatal, que se da, cuando el propio legislador renuncia, en el marco de la desregulación y del "adelgazamiento" de su aparato administrativo, a someter determinadas actividades privadas a la obligatoria y previa autorización administrativa. Semejantes fenómenos se observan en materias del derecho de urbanismo —por ej., la liberación de pequeños proyectos de construcción del previo control por la autoridad competente— así como en el campo de las actividades comerciales —por ej., cuando se elimina el deber de solicitar una autorización administrativa para la apertura de pequeños bares o restaurantes—. Se arriesga entonces de perder de vista los legítimos intereses de defensa de los vecinos y de otros terceros frente a las actividades en cuestión cuando éstas no cumplen con los demás requisitos legales (por ej., normas sobre la seguridad de los proyectos de construcción o sobre la admisibilidad o no de los productos que se usan) [56]. Algunos autores sostienen en este contexto, que el Poder Ejecutivo no se puede limitar —en vista de los intereses legítimos de terceros— en el mero control *ex post*, es decir, haciendo uso únicamente del instrumento de sanción por incumplimiento de las normas legales, sino que se deberían abrir nuevas y específicas vías ante la justicia administrativa [57].

[54] Sobre "el principio de la confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas" en Alemania, véase mi contribución en Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (eds.), *La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas 1998, ps. 91 y ss.; también PIELOW, "Integración del ordenamiento jurídico administrativo: Autovinculaciones de la Administración", en MUÑOZ-SALOMONI (eds.), *Problemática de la Administración contemporánea*, Buenos Aires, 1997, ps. 47 y ss.; SCHNEIDER, "Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán", en *Documentación Administrativa* (DA) 263-264 (2002), ps. 249 y ss.

[55] Por más detalle sobre las autorregulaciones privadas y los acuerdos voluntarios en la industria, por ej., KOOPMANN, *Voluntary action of business and industry*, Londres, 2001.

[56] Cuando existe, en cambio, la obligación a la autorización previa (control de apertura), siempre es posible la demanda de tercería (*Drittwiderspruchsklage*).

[57] Véase SEIDEL, "Bauordnungsrechtliche Verfahrensprivatisierung und Rechtsschutz des Nachbarn", en revista *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2004, ps. 139 y ss., con más referencias.

D. EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA *VERSUS* MODIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Al fenómeno de la privatización de anteriores tareas administrativas y de un mayor reparto de las responsabilidades de actuación entre la sociedad y el Estado ("Estado cooperativo") se une una sucesiva modificación de las formas de actuación de la propia Administración Pública, cuando la persecución de las tareas públicas queda en manos de esta última. Concretamente se observa la tendencia de la Administración contemporánea de desviarse del instrumentario tradicional del Poder Ejecutivo (si entendemos como instrumentos "clásicos" de la actuación administrativa especialmente el acto administrativo y los contratos de derecho público). De allí surgen nuevas preguntas específicas en lo referido al acceso a la justicia administrativa.

I. Actuación en formas del derecho privado

Un primer tema será el acceso a la justicia administrativa cuando la Administración Pública se presente en formas de organización o de actuación del derecho privado —o, en otras palabras, cuando estemos ante privatizaciones meramente "formales"—. El caso típico concierne a la transformación de antiguos entes administrativos en empresas públicas de derecho privado, bien por motivos de una mayor flexibilidad, bien por razones de la cooperación con inversores particulares en el marco de los llamados *public private partnership* [58]. Sin entrar en la polémica acerca de si un ente público puede cambiar libremente su vestido jurídico —de la organización jurídico-pública a formas del derecho civil [59]— está claro, al menos en el derecho alemán, que nos encontramos nuevamente ante la competencia (exclusiva) de los tribunales civiles —en lo que se refiere a las relaciones entre empresa y cliente así como a las relaciones entre los socios en el caso de la cooperación público-privada (al no darse el caso excepcional de un contrato "administrativo" o de derecho público)—.

No obstante, surge nuevamente el problema de la delimitación entre el derecho administrativo y el derecho de la competencia, así como entre las respectivas vías judiciales. Me refiero a la creciente tendencia especialmente de las

[58] Por ambos motivos se suelen llevar a cabo actualmente las privatizaciones "formales" de las empresas locales alemanas de suministro de servicios de agua, energía o de residuos, así como de transporte público.

[59] En el derecho administrativo alemán se admite esta medida en tanto que la respectiva autoridad no hace uso de sus propios poderes públicos, sin poderse liberar de sus específicas obligaciones jurídico-públicas (surgiendo, especialmente, de los derechos fundamentales); teoría del "Derecho administrativo privado" (*Verwaltungsprivatrecht*).

empresas comunales alemanes de llevar a cabo —en un entorno liberalizado— meras actividades económicas y comerciales [60]. Se pregunta entonces, si una posible pretensión omisional de un competidor privado se debe juzgar únicamente según el derecho administrativo (o incluso constitucional, en vista de la libertad de la actividad profesional [61]) o bien según el derecho privado de la competencia. Observamos con respecto a este problema interesantes conflictos de competencia en todos los países con separación estricta entre derecho público y privado [62]. En Alemania han sido algunos tribunales civiles los que afirmaban semejantes pretensiones, basándose en la cláusula general sobre la prohibición de la competencia desleal [63]. Esto provocó severos reproches en la doctrina iuspublicista por no observar los respectivos requisitos específicos del derecho administrativo con sus regulaciones sobre el régimen local y las actividades comerciales de empresas locales, una postura que finalmente fue compartida también por la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) [64]. Según este tribunal, el derecho de la competencia sólo regula la manera (el ¿cómo?) de la actuación en los mercados y no el ¿sí?, es decir, la admisibilidad de las actividades comerciales de empresas públicas, que se tendrá que juzgar conforme a la respectiva normativa jurídico-administrativa [65].

[60] Como puede ser la actuación de un municipio o de "su" empresa municipal en el campo del turismo o de la consulta de otras empresas en el suministro energético o bien el desarrollo de actividades de suministro fuera del propio término municipal o incluso en el extranjero.

[61] Según la jurisprudencia permanente de la Corte Federal del Contencioso-Administrativo, el respectivo art. 12, párr. 1, LF, generalmente no protege contra la competencia por parte de otras empresas y ni siquiera contra la competencia de las empresas públicas (véase, por ej., BVerwGE 39, ps. 329 [336 y ss.]), una postura que se ve criticada últimamente por una creciente parte de la doctrina, ver —por muchos otros— TETTINGER, "Rechtsschutz gegen kommunale Wirtschaftsteilnahme", en revista *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1998, ps. 3473 (3474); STORR, *Der Staat als Unternehmer* (*El Estado como empresario*), 2001, ps. 152 y ss.

[62] Véase para la situación en Francia, por ej., PIELOW, *Grundstrukturen...*, cit. (nota 43), ps. 226 y ss., 240 y ss.

[63] En el art. 1º de la ley contra la competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), véase, por ej., la sentencia del Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2000, p. 111.

[64] En el contexto de la oferta de servicios eléctricos, por parte de la empresa de suministro de energía de la ciudad de Munich (*MVV*) en la famosa fiesta de la cerveza (*Oktoberfest*) de aquella ciudad, véase la sentencia del *Bundesgerichtshof* del 24/4/2002 en *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.), 2002, ps. 1282 y ss. (también: *www.bundesgerichtshof.de*).

[65] Por otro lado, las normas jurídico-públicas sobre las actividades comerciales de las empresas comunales se contemplan tradicionalmente —y a pesar de prever la inadmisibilidad cuando otras empresas (privadas) cumplen de la misma o incluso de mejor manera el servicio en cuestión— como meras normas protectoras en favor del propio municipio, es decir, sin efecto de protección en favor de los competidores privados. Con esta opinión hasta ahora mayoritaria acaba de romper por primera vez un auto del Tribunal Superior del Contencioso-Administrativo del *Land* de Norterhenania-Westfalia (*Oberverwaltungsgericht Münster*) del 13/8/2003, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2003, p. 1520.

II. La actuación "informal" de la Administración Pública

Debido además y especialmente a la cada vez mayor complejidad de los asuntos públicos (y "pluridimensionales", *supra* A I), los entes administrativos se están sirviendo últimamente y más frecuentemente de métodos "informales" de actuación [66], tómese como ejemplo el proceso de planificación —en un país tan densamente poblado como es la República Federal Alemana— para la ubicación de una fábrica de incineración de residuos, de una planta eléctrica o bien de un proyecto de infraestructura del transporte público (por ej., un aeropuerto, una autopista o una vía para los trenes de alta velocidad), estamos en estos supuestos ante procedimientos altamente difíciles y complicados en el curso de los cuales se tiene que considerar una multitud de intereses públicos y privados. Con el fin de llevar a cabo, dentro de un tiempo adecuado y bajo la debida consideración de todos los intereses implicados, semejantes procedimientos, se muestra muy aconsejable buscar cuanto antes el *diálogo* con el solicitante de la autorización administrativa así como con los demás titulares de intereses públicos y particulares. De esta manera, los entes públicos suelen intentar preparar la decisión final, de nuevo en el sentido del Estado "cooperativo", a través del contacto meramente *informal* con los ciudadanos, es decir, mediante previos procedimientos de "mediación" (por ej., en forma de "mesas redondas") o incluso de negociación y en búsqueda de compromisos satifactorios para todos los intereses involucrados.

Ante semejantes procedimientos meramente *informales* debe disminuir una vez más la posibilidad de acceder a la justicia administrativa, dado que ya no caben los tradicionales recursos contencioso-administrativos, desarrollados para defenderse especialmente contra los actos "formales" del Poder Ejecutivo. Al mismo tiempo se arriesga a perder de vista la legítima defensa de los intereses y derechos de aquellos afectados (vecinos, otras administraciones públicas, competidores por la misma autorización administrativa, etc.) que, por una u otra razón, no han sido incorporados en el proceso previo de negociación o mediación (dado que por la mera "informalidad" de aquellos procesos no se ha regulado de manera obligatoria el círculo de los participantes en el trámite ni el procedimiento). Surge, incluso, el peligro de una conspiración o colusión desleal entre la autoridad administrativa y los solicitantes de determinadas decisiones administrativas (por ej., inversores privados) por no hablar de la mayor posibilidad de cooperaciones meramente "corruptivas".

[66] De manera general sobre este fenómeno, Maurer, *Allg. Verwaltungsrecht*, 14ª ed. 2002, § 15, nros. 14 y ss., con más referencias.

III. Maneras de reacción judicial

Para reaccionar ante las consecuencias que se dan para el acceso a la justicia administrativa en vista de los hechos de la Administración "privatizada" así como ante sus formas "informalizadas" de actuación, se abren en un principio dos vías diferentes:

1. "Privatización" de la justicia administrativa

La primera consiste en una cierta "privatización" del acceso a la justicia si no la privatización de la justicia administrativa misma.

Ya hemos visto que en el curso de la sucesiva enajenación (privatización "material") de antiguas tareas administrativas así como en la más frecuente actuación de la Administración en formas de derecho privado (privatización "formal"), nos encontramos ante la competencia de los jueces ordinarios o bien de nuevas instancias judiciales como pueden ser los entes reguladores de los servicios públicos [67]. Esta evolución no debe ser demasiado inquietante en tanto que la protección judicial, no importa ante qué tribunal sea verdaderamente *efectiva* —y en cuanto se observan, también ante los tribunales ordinarios, las peculiaridades y vínculos especiales que suelen surgir del propio derecho público—. Hay algunos autores de derecho público que advierten, en este contexto, sobre un "diletantismo" de los tribunales civiles, cuando se trata, por ejemplo, de valorar la admisibilidad de las (ya mencionadas) actividades económicas a nivel de las corporaciones locales en vista de las específicas reglas en la legislación sobre la Administración local o incluso de los derechos fundamentales [68]. Otros, en cambio, destacan el lema de la "unidad" del ordenamiento jurídico (público y civil —*Einheit der Rechtsordnung*), con lo cual no ven demasiadas diferencias (cualitativas) entre la decisión de un juez ordinario o de un tribunal admi-

[67] Se puede aludir, en este contexto, también a los nuevos órganos que se han creado en Alemania para la regulación y el control judicial de la *contratación pública* (*öffentliche Auftragsvergabe*). Antes, este campo había sido regulado, al contrario de lo ocurido en los ordenamientos jurídicos romanos, como mero ramo del derecho presupuestario, es decir: en primer lugar con vinculaciones jurídicas dentro de la Administración Pública y, por ende, sin demasiadas posibilidades de recursos jurídicos por parte de los competidores privados. Ahora, y tras la transformación de las respectivas directivas europeas, se ha creado un propio derecho de la contratación pública con las correspondientes reglas para la licitación oficial y para recursos judiciales en el caso de su infracción —si bien, y en contra de voces críticas de algún iuspublicista—, bajo el techo del derecho de la *competencia* (concretamente, en los arts. 97 y ss. de la ley contra restricciones de la competencia —*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*— en su versión del 26/8/1998, BGBl. I, p. 2512) y en última instancia nuevamente bajo la tutela de los tribunales civiles.

[68] Véase otra vez Tettinger, cit. (nota 61), NJW 1999, ps. 3473 y ss.

nistrativo sobre asuntos con relevancia tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo. Ante la creciente influencia del derecho civil y de competencia (nacional y internacional) así como de la "autorregulación" privada en antiguos reservados del derecho administrativo, se puede preguntar incluso y meramente teórico si no nos acercamos poco a poco a un nuevo "amalgamiento" de ambos ordenamientos (y de las respectivas estructuras judiciales), todo en el sentido de la paulatina evolución de un nuevo *ius commune*.

Una "privatización" de la justicia administrativa, en el sentido literal de la palabra, se da finalmente cuando el litigio se resuelve mediante previos procedimientos facultativos entre los partidos, es decir: a través de los procedimientos de arbitraje o de conciliación. Ya hemos mencionado, en el contexto de las nuevas actuaciones "informarles" y "cooperativas" de la Administración, la técnica de la "mediación" (*mediation*) —un lema moderno (por no decir: mágico) que está teniendo éxito también en las esferas de la propia justicia administrativa—. No pocas voces reclaman— nuevamente en vista de la creciente complejidad de los asuntos jurídico-administrativos y orientadas en parecidas regulaciones que valen en la justicia ordinaria —la descarga del juez administrativo a través de la introducción de un obligatorio procedimiento previo, en el cual un "mediador" neutro (*mediator*), sea otro juez o bien un privado, deberá intentar llevar las partes a un mutuo acuerdo sobre el conflicto [69]. Desde el aspecto —otra vez económico— de una aceleración de los procedimientos judiciales y también en el interés de la mejor aceptación del resultado hay algo en favor de esta propuesta. Por otro lado habrá que considerar que el propio principio de la legalidad de la actuación administrativa (al contrario de la autonomía privada que vale en los conflictos jurídico-privados) dificulta el uso de semejantes técnicas durante el proceso contencioso-administrativo, en tanto que no existe un adecuado margen de libre decisión de la Administración (como, por ej., en el campo de la planificación) o no se dan las condiciones específicas para una conciliación judicial o extrajudicial [70].

[69] Ver Von Bargen, J., "Mediation im Verwaltungsprozess - Eine neue Form konsensualer Konfliktlösung vor Gericht", en *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.), 2004, ps. 468 y ss.; Ortloff, K.-M., *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht* (libro homenaje por el 50º aniversario del Tribunal supremo administrativo), 2003, ps. 727 y ss.; del mismo autor, "Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2004, ps. 385 y ss.; Ziekow, J., "Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit", *ibidem*, ps. 390 y ss.; Pitschas, R., "Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittelung im öffentlichen Sektor", *ibidem*, ps. 396 y ss.

[70] Conf. Schenke, W.-R., cit. (nota 35), ps. 5 y ss. También se advierte contra una adaptación precipitada de los mecanismos de la mediación con origen en el derecho americano por su incompatibilidad con las estructuras específicas del derecho administrativo alemán, conf. Brohm, W., NVwZ, 1991, ps. 1025 (1032).

2. La tutela judicial a través del procedimiento administrativo

Una segunda tendencia de reacción frente a los cambios actuales de la Administración Pública concierne a una cierta revivificación de la importancia del propio procedimiento administrativo, y con ello una cierta retirada de la justicia administrativa a la resolución de conflictos meramente "formales" más que "materiales": En la medida en que las relaciones jurídicas entre los entes administrativos y los administrados se muestran cada vez más complejas y complicadas y que la Administración recurre, intentando resolver estos conflictos "pluridimensionales", cada vez más a procedimientos informales de actuación, adquiere, como ya hemos dicho, una especial importancia la debida protección de *todos* los intereses implicados en el conflicto concreto. Entra en el centro del interés, entonces, la fórmula novedosa de la tutela judicial (o: la protección de los derechos fundamentales) a través del propio procedimiento administrativo (*Rechtsschutz durch Verfahren)* [71]: Cuando la resolución "material" de los conflictos jurídicos resulta, por la multitud de los intereses involucrados, cada vez más difícil, debería garantizarse al menos un cierto estándar —"formal"— en el sentido de la debida participación, consideración y ponderación de todos los derechos e intereses afectados en el desarollo de la decisión final. De allí que observamos, al menos en el derecho administrativo alemán, la creciente importancia de las propias garantías formales en el procedimiento administrativo y especialmente cuando se trata de procedimientos complejos como, por ej., los de la planificación o de ordenamiento del territorio. Al mismo tiempo estamos ante un cierto cambio de la perspectiva de la práctica judicial del contencioso-administrativo, en la medida en que el juez administrativo frecuentemente ya no decide sobre el "fondo" (material) del conflicto en cuestión sino que se limita cada vez más al mero control de los respectivos requisitos procesales (por ej., de los derechos de participación, información y audición) [72]. Como buen ejemplo de aquel desarrollo novedoso podemos citar el mecanismo de la "preclusión" (*Präklusion*), de la cual se hace uso con cada vez más frecuencia en la legislación administrativa (respectiva de planificación), de manera que se prohíben objeciones materiales en contra de determinados proyectos o planes delante del juez

[71] La terminología anglosajona habla del *due process*. En la literatura alemana recientemente, por ej., KAHL, "Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU", en revista *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), 2004, ps. 1 y ss.; véase también la sentencia de la Corte Federal del Contencioso-Administrativo sobre el derecho a la información en un proceso de contratación pública que surge directamente de la Constitución, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2003, ps. 2696 y ss.

[72] Al lado de los derechos concretos a ser informado por la Administración (por ej., en materias de medio ambiente), se discute en Alemania también y por ejemplo la necesidad de establecer un derecho generalizado a la información administrativa, como lo parece establecer el art. 43, párr. 3 de la Constitución argentina.

administrativo cuando esas objeciones no fueron articuladas en el curso del previo procedimiento administrativo (o de planificación) y dentro de los plazos previstos por la ley [73].

E. EUROPEIZACIÓN VERSUS DIVERSIDAD DE LOS CONCEPTOS NACIONALES DEL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La antes esbozada tendencia hacia una cierta "formalización" de la justicia administrativa y del acceso a ésta que se debe a la creciente importancia del propio procedimiento administrativo, se ve fuertemente vivificada especialmente por la influencia del derecho "supranacional" de la Unión Europea [74]. Ahora bien, mientras que la citada retirada de la justicia administrativa a un mero control formal lleva a una cierta limitación del acceso a ésta, las intensas influencias europeas (y allí incluidas las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en Luxemburgo) traen consigo un considerable aumento de las posibilidades para acceder al contencioso-administrativo, hasta llevar (al menos en el derecho alemán) a ciertos conflictos con los conceptos tradicionales.

I. El ciudadano de la Unión como custodia sobre la ejecución del derecho comunitario en los Estados miembros

Para poner de relieve esas nuevas tensiones hay que salir de la manera específica según la cual se ejecuta el derecho de la UE a nivel de cada Estado miembro. Consta que las Comunidades Europeas (CE y EURATOM) en un principio no disponen de un aparato administrativo propio a nivel nacional [75]. Por ende, las leyes europeas deben ejecutarse a través de las autoridades administrativas en cada país miembro. Resulta también que esa labor ejecutiva a nivel nacional generalmente no se ve controlada ni inspeccionada por ninguna institu-

[73] Ver art. 73, párr. 3a y 4 de la Ley (alemana) sobre el Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), donde se postula la preclusión de objeciones en el procedimiento de la planificación de proyectos infraestructurales (*Planfeststellungsverfahren*).

[74] Con el concepto de la "supranacionalidad" se suelen señalar las diferencias del derecho comunitario frente a ordenamientos regulares del derecho internacional público, especialmente en lo que se refiere a la *primacía* de todo el derecho europeo (tratados y el derecho derivado) frente a cada tipo de derecho de los países miembros, así como la soberanía (parcial) del legislador comunitario para dictar normas con rango de ley y de inmediata aplicabilidad a nivel nacional.

[75] Por más detalles sobre el concepto de la ejecución del derecho comunitario, Burgi, M., *Verwaltungsprozess und Europarecht*, 1996, ps. 45 y ss.

ción europea de supervisión o de dirección. Consecuentamente, la labor ejecutiva de las administraciones en los Estados de la UE se encuentra principalmente bajo el control de las autoridades superiores así como de la justicia y regularmente, al menos en los ordenamientos continentales, de la justicia administrativa en cada país. Se da entonces una "estructura dual" de protección judicial [76]: El control de la ejecución del derecho europeo por los tribunales nacionales se dirige en primer lugar según cada ordenamiento nacional del proceso judicial, si bien bajo la obligatoria observación de los requisitos especiales del derecho comunitario, y, en última consecuencia, bajo el control de los tribunales europeos de Luxemburgo.

En un principio, este concepto de la ejecución "indirecta" del derecho comunitario se podrá contemplar como poco útil cuando se trate de poner en marcha lo que el tribunal de justicia llama el *effet utile,* es decir, la eficacia práctica de las regulaciones europeas. Entra en el centro del interés, entonces, el propio ciudadano europeo que alcanza hasta un papel de protagonista en lo referido especialmente al control judicial de la ejecución del derecho comunitario en los Estados de la UE: Hoy en día nos encontramos con numerosas regulaciones del legislador europeo —especialmente en el campo de la protección del medio ambiente— que prescriben en gran medida la participación así como la intensa información y audición del ciudadano, precisamente en el curso de los procedimientos administrativos que sirven para la ejecución del derecho europeo a nivel nacional y cuya lesión o incumplimiento puede —y debe— ser recurrido ante los tribunales en cada país. Resulta así que el legislador comunitario ha descubierto por su parte la gran relevancia del procedimiento administrativo [77] (*due process, supra* D III 2) para atribuirle al ciudadano de la Unión de alguna manera la tarea del custodia (o árbitro) sobre la ejecución efectiva del derecho comunitario. En otras palabras: El hacer uso del ciudadano europeo como vigilante sobre la efectividad del derecho comunitario debe servir para la compensación de respectivas negligencias por parte de las propias autoridades y tribunales en los Estados miembros [78].

La "movilización de los ciudadanos para el control descentralizado de la ejecución de la Administración" [79], se ve empujado, además y al lado de los in-

[76] Conf. KOPP-SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung* (*Comentario a la ley sobre la justicia administrativa*), 3ª ed., 2003, § 42, nro. 152, con más referencias sobre la respectiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

[77] Véase WAHL, "Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht", en revista *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl), 2003, ps. 1285 y ss.

[78] Véase —por todos y de manera instructiva— STERN, "Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit", en revista *Juristische Schulung* (JuS), 1998, ps. 767 y ss.

[79] Así SCHOCH, "Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts", en revista *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1999, ps. 457 (461); también MASING, "Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts", 1997, especialmente ps. 37 y ss.

centivos propiamente europeos, por los desarollos a nivel del derecho internacional público en general. Destaca el proceso del "Acuerdo sobre el acceso a informaciones, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia", el llamado *Convenio de Aarhus*. Este tratado fue acordado bajo el techo de las Naciones Unidas (más especialmente de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa - *UNECE*) y en el marco de la cuarta Conferencia Paneuropea de los Ministros del Medio Ambiente "Medio ambiente para Europa" (bajo participación —un *novum*— también de algunas organizaciones no gubernamentales - *NGO's*) el 25/6/1998 en la ciudad danesa de Aarhus y ha entrado en vigor, tras haber sido firmado por 40 Estados (europeos), el 31/10/2001 [80]. El hecho de que por primera vez el público ha sido investido —a nivel del derecho internacional— con derechos de información, participación y de control judicial, ha sido calificado por el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, como *"the most ambitious venture in the area of 'environmental democracy' so far undertaken under the auspices of the United Nation"* [81]. La Unión Europea que por su parte firmó el Convenio de Aarhues ha aprobado dos Directivas para su implementación a nivel comunitario:

- la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo [82], así como
- la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo [83].

Los países miembros de la UE deben dictar las correspondientes normas de transformación hasta el 14 de febrero y 26 de mayo del 2005, respectivamente [84]. Existe además una propuesta de la Comisión Europea para una Di-

[80] Por más informaciones, véase la página web del Convenio: *http://www.unece.org/env/pp*, así como STEC-CASEY-LEFKOWITZ-JENDROSKA, *The Aarhus Convention - An implementation guide*, 2000.

[81] En el prólogo a la obra de *Stec-Casey-Lefkowitz-Jednroska, The Aarhus Convention...*, cit.

[82] Diario Oficial nro. L 41 de 14/2/2003, ps. 26 y ss.

[83] Diario Oficial nro. L 156 de 25/6/2003 ps. 17 y ss.

[84] Por más detalles acerca de las necesidades de transformación en la República alemana, SCHINK, "Die Aarhus-Konvention und das deutsche Umweltrecht", en *Zeitschrift für Europäisches Umweltrecht* (EurUP), 2003, ps. 27 y ss., así como VON DANWITZ, "Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2004, ps. 272 y ss.

rectiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente [85].

II. Conflictos con conceptos tradicionales del acceso a la justicia

No obstante, debemos señalar en este contexto (y especialmente desde una perspectiva alemana) algunos quebrantamientos importantes del concepto tradicional del acceso a la justicia administrativa. Ya hemos mostrado que según la regla general del art. 19, párr. 4 de la ley fundamental alemana (y la correspondiente legislación procesal) la vía al proceso contencioso-administrativo se abre únicamente cuando el recurrente reclama la vulneración de un derecho *propio*, es decir que se apoya en la lesión de una norma constitucional o legislativa que le otorga expresamente o implícitamente un *derecho sujetivo* [86]. Con esto, se pretende evitar lo que se llama la "acción popular" (*Popularklage*) —en el sentido de un mero control *objetivo* de la Administración— ; la acción del *quivis ex populo* que se apoya en un mero interés público o individual (en lugar de un "derecho"), tiene que ser rechazada por ser inadmisible [87].

Obvio que aquel concepto del acceso a la justicia administrativa debe chocar con el nuevo enfoque del derecho comunitario que se sirve precisamente del *quivis ex populo* para optimizar el control *objetivo* de la labor ejecutiva en los países miembros y, por ende, no se preocupa demasiado de la lesión o no de concretos derechos sujetivos [88]. Este planteamiento del derecho europeo es más cercano a los conceptos romanos y especialmente al derecho procesal francés: En Francia, la vía a la justicia administrativa ya está abierta en cuanto se da un *intérêt de agir* frente a una determinada actuación administrativa, que puede ser de mera naturaleza económica o ideal [89]. Cierto es que también en el derecho

[85] COM/2003/624 final del 24 de octubre de 2003.

[86] Semejantes estructuras jurídico-procesales existen, por ejemplo, en Austria, Dinamarca y Grecia.

[87] Conf.. sentencia de la Corte Federal del Contencioso-Administrativo, en BVerwGE, vol. 60, ps. 125 y ss.; Ehlers, en revista *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), 1993, ps. 139 y ss.

[88] También para las acciones de personas físicas o jurídicas contra decisiones de los propios órganos europeos (especialmente de la Comisión) se requiere sólo que estas decisiones le afectan al demandante "directa e individualmente" (conf. art. 230, párr. 4 del Tratado de la CE). Basta entonces la existencia de un "interés relevante", conf. p. ej. Burgi, en Rengeling-Middeke-Gellermann (eds.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2003, § 7, nro. 57. Para una comparación de los conceptos de la legitimación activa en el recurso al contencioso-administrativo según el derecho alemán, europeo y norteamericano, Ehlers, en revista *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), 1993, ps. 139 y ss.

[89] Véanse Chapus, *Droit administratif général*, vol. 1, 9ª ed., 1995, ps. 690 y s.; en la literatura alemana especiamente, Schwarze, J., en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ),

francés se prohíbe en un principio la mera "acción popular" [90]; pero el demandante se entiende tradicionalmente no como un titular de un derecho sujetivo sino y en primer lugar como el portavoz del control objetivo de la legalidad de la Administración y de su buen funcionamiento, es decir, como *denonciateur de l'abus de pouvoir* [91]. Según un sistema muy parecido se regía —a pesar de la reclamación *Hacia una nueva justicia administrativa* por E. García de Enterría ya en el año 1989— el acceso a la justicia administrativa en España [92], hasta que la nueva Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa [93] inició una considerable —si bien complementaria— "sujetivización" del acceso a la justicia administrativa [94]. Semejantes procesos de reorientación se pueden observar en Portugal [95], así como —al menos en alguna parte de la doctrina— en Francia [96].

1996, ps. 22 y ss.; también WOEHRLING, en NVwZ, 1998, ps. 462 y s. Sobre las últimas tendencias reformadoras (como consecuencia de las influencias europeas y especialmente en lo referido a la protección —subjetiva— de los derechos fundamentales y de las medidas cautelares), ORTIZ ÁLVAREZ, "El contencioso administrativo francés y su incesante renovación", en *Estudios en homenaje al profesor Brewer-Carias*, cit. (nota 7), ps. 2405 y ss.

[90] Excepción: La acción de los vecinos y pagadores de impuestos de un municipio contra decisiones con efecto presupuestario de la corporación local, conf. GROSS, *Die Verwaltung*, 2000, p. 426; véase también el art. 52, párr. 3 de la Constitución portuguesa.

[91] Este concepto aun era válido (bajo la influencia de R. Gneist y O. Mayer así como el concepto de la justicia administrativa como un ramo integral de la Administración Pública con el deber de garantizar la legalidad de la actuación administrativa) hasta finales del siglo XIX en el norte de Alemania (Prusia), hasta que comenzó a surgir el concepto de los países del sur de Alemania según el cual la justicia administrativa se entiende como parte del tercer poder, con el deber principal de protección de los derechos (subjetivos).

[92] Por más detalles sobre la situación según la LJCA de 1956, MARTÍNEZ SORIA, J., *Die Garantie des Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt in Spanien*, 1997, ps. 137 y ss. —con más referencias también en lo referido a la relación entre la legitimidad activa según la LJCA y el art. 24, párr. 1 de la Constitución española ("Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus *derechos* e intereses legítimos...")—.

[93] B.O.E. nro. 311 del 14/6/1998.

[94] Véase sólo PAREJO-ALFONSO, L., *Derecho administrativo*, 1ª ed., Madrid, 2003, p. 1172; en cierto modo, el derecho español sigue el ejemplo del derecho procesal en Italia que distingue tradicionalmente (y bajo la impresión del art. 24 de la Constitución de 1947) entre los meros intereses legítimos y los derechos (subjetivos), si bien la resolución de los recursos en defensa de estos últimos compete a los tribunales ordinarios, véase CLARICH, "La giusticia", en CASSESE, S. (ed.), *Trattato di diritto amministrativo: Diritto amministrativo generale*, vol. 2, Milano, 2000, p. 1709 (1761 y ss.). Más generalmente sobre los conceptos del derecho subjetivo y del interés legítimo en las relaciones jurídico-administrativas, CASSESE, S., *Las bases del derecho administrativo*, Madrid, 1994, ps. 365 y ss.

[95] Tras el nuevo "Código de Processo nos Tribunais Administrativos", según la ley 15/2000, de 22 de febrero de 2002; conf. art. 2, párr. 1 de este Código: "A todo o direito o interesse legalmente protegido".

[96] Tras la sentencia del *Conseil Constitutionnel* del 16/7/1971 acerca del derecho (subjetivo) a la tutela judicial efectiva según el art. 16 de la Declaración de los Derechos

Ahora bien, el —desde una perspectiva alemana— novedoso enfoque del derecho comunitario no plantea demasiados problemas en tanto que el propio derecho europeo (de inmediata aplicación en los Estados miembros [97]) o la legislación de transformación a nivel nacional postulan derechos originarios subjetivos, como pueden ser las normas que otorgan el derecho a recibir informaciones de las autoridades administrativas (por ejemplo, sobre asuntos del medio ambiente) [98]. Si y en qué medida se dejan deducir verdaderos derechos subjetivos especialmente de las normas legislativas es cuestión de la interpretación de la norma conforme a la "teoría de la norma protectora" (*Schutznormtheorie*). Se trata de una norma protectora (de derechos subjetivos) en cuanto la norma no sirve sólo para la persecución de intereses públicos sino que visa (también o exclusivamente) a la protección de intereses individuales (de determinados personas o grupos de personas) y reconocidos jurídicamente; la mera afectación de intereses políticos, económicos, culturales o religiosos no es suficiente por tratarse entonces de meros "reflejos" subjetivos de la norma [99].

Basándose en esta delimitación entre normas protectoras y meras normas "objetivas", resulta difícil la afirmación de un derecho subjetivo y, por ende, de la legitimación para acudir a la justicia administrativa cuando el derecho europeo, por ejemplo, una Directiva que excepcionalmente es de inmediata aplicabilidad en los países miembros [100], sólo prevé la protección de intereses públicos, como puede ser la protección del medio ambiente, de los animales o de la naturaleza. Sin embargo, el Tribunal de Justicia reclama también en estos casos, apoyándose en los conceptos comunitarios de la efectividad de la tutela judicial así como de la uniformidad de la aplicación del derecho europeo y de su eficacia (*effet utile*) en cada país, que los ciudadanos puedan acudir a la justicia adminis-

---

Humanos y del ciudadano de 1789 (conf. C.c. nro. 2000-437 DC del 19/12/ 2000 - *Loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2001*), véase FROMONT, "La convergence des systèmes de justice administrative en Europe", en *Rivista Trimestrale die Diritto Pubblico*, 2000. ps. 125 (141 y ss.).

[97] Como en el caso de los derechos contenidos en los propios tratados europeos (especialmente, por ej., las libertades de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales según el Tratado sobre la CE), de los reglamentos y de las directivas con excepcional inmediata aplicación a nivel nacional.

[98] En este sentido, la ley alemana sobre la información en materias del medio ambiente (*Umweltinformationsgesetz*) del 8/7/1994 (ahora en la versión del 23/8/2001), que por su parte se debe a una Directiva europea del año 1990.

[99] Véase sólo SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit. (nota 35), nros. 497 y ss.

[100] Normalmente, las Directivas deben ser transformados mediante un acto legislativo a nivel nacional. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, postula su aplicabilidad inmediata (o directa), cuando el plazo para su transformación ha expirado y se dejan deducir consecuencias jurídicas determinadas.

trativa para criticar la falta de obediencia por parte de las autoridades nacionales [101]. El derecho procesal a nivel nacional no debe postular unos requisitos más severos que a nivel europeo, de manera que, por ejemplo, el amante de la naturaleza puede acudir a la vía del contencioso-administrativo sosteniéndose en cualquier norma europea (con índole objetiva) sin tener que apoyarse en la lesión de un concreto derecho subjetivo.

La cuestión de cómo se deja traslucir dogmáticamente este enfoque del derecho europeo —"acción del interesado" en vez de la "acción del lesionado" (en derechos subjetivos)— en el sistema alemán del acceso a la justicia administrativa está aún abierta. Existen varias propuestas en la doctrina entre las cuales se pueden distinguir resoluciones extremas, que votan en favor de una reforma sustancial del derecho procesal alemán en el sentido de una "objetivización" del acceso a la justicia, y propuestas "moderadas" que se expresan más bien —y según nuestra opinión con mejores razones [102]— en favor de una interpretación extensiva de las ya existentes normas sobre la legitimación para interponer el recurso [103]. De cualquier modo el voto del derecho comunitario por el concepto de la "acción del (mero) interesado" demuestra una vez más las fuertes influencias y necesidades de adaptación que pueden originar los crecientes ordenamientos internacionales o supranacionales en los sistemas judiciales de los respectivos países miembros.

III. Otros campos de influencia del derecho comunitario europeo

El antes esbozado enfoque de la legitimación inicial (*Initiativberechtigung*) del ciudadano europeo para asegurar el control judicial "descentralizado" de la ejecución del derecho comunitario por las autoridades nacionales, se ve flanqueado por otros campos de influencia que se han abierto en consecuencia, sobre todo de la jurisprudencia del tribunal de justicia y que por su parte traen consigo nuevas posibilidades para acudir a la vía del contencioso-administrativo en los Estados de la UE. Podemos mencionar, con toda brevedad, las siguientes evoluciones:

[101] Por ej. —al lado de la sentencia fundamental en el asunto Gend & Loos, en Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (RJTJ), 1963, pág. 974–, entre las sentencias que se refieren a normas comunitarias de medio ambiente, en RJTJ, 1991, ps. I-4983 (5023), Comisión/Alemania; 1991, ps. I-2607 (2631), Comisión/Alemania, así como 1991, ps. I-2567 (2601), Comisión/Alemania. Todas las sentencias se pueden consultar en la página web del Tribunal de Justicia: *www.europa.eu.int/cj*

[102] Conf. Pielow, *Die Verwaltung*, cit., ps. 445 (478).

[103] Véase sobre las distintas posiciones, Ehlers, en *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), vol. 84, 1993, ps. 139 (170 y ss.).

1. La acción colectiva

En primer lugar hay que mencionar el instrumento de la "acción colectiva" (*Verbandsklage*) que igualmente puede sirvir para el control (objetivo) de la ejecución del derecho comunitario en los Estados de la Unión. Habrá que distinguir entre la acción para reclamar los derechos (subjetivos) de un grupo o una asociación de personas —la acción colectiva "egoista"— y la acción "altruista" que consiste en primer lugar en reclamar la persecución de intereses públicos o generales [104]. En ambos casos, se trata otra vez de recursos judiciales que en un principio no son compatibles con el requisito de un derecho subjetivo en la regulación alemana de la legitimación activa para acceder a la justicia administrativa.

Las discusiones y reclamaciones jurídico-políticas entorno a la efectividad sobre todo del derecho europeo del medio ambiente, sin embargo, han llevado también en este contexto a una cierta relativización, de manera que desde hace poco la ley federal sobre la protección de la naturaleza reconoce la posibilidad, para ciertas asociaciones medioambientales, de recurrir ante el contencioso-administrativo contra medidas administrativas (por ej. de planificación) que no cumplen con los requisitos de esta ley u otras obligaciones legales acerca del medio ambiente, sin que tengan que apoyarse en un concreto derecho subjetivo [105]. Antes existía sólo la acción colectiva según la legislación de algún Estado federal y únicamente contra decisiones de las autoridades del respectivo *Land* (no contra la Administración federal) así como, según la ley federal, la posibilidad de recurrir contra lesiones de propios y meros derechos de procedimiento (a la participación o información) de las asociaciones del medio ambiente [106]. La nueva acción colectiva alcanzó gran relevancia práctica en el contexto con la planeada ampliación de una pista de aterrizaje para la empresa EADS Airbus GmbH en Hamburgo que se necesita para la construcción del nuevo avión Airbus A 380 y que se pretende construir en una bahía del río Elbe (*"Mühlenberger Loch"*), declarada como área de protección según una Directiva europea sobre la protección de aves salvajes [107].

[104] Véase en el segundo sentido, lo establecido en el art. 43, párr. 2 de la Constitución argentina de 1994.

[105] Conf. art. 61 de la *Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)* del 25/3/2002 (BGBl. I, ps. 1193 y ss.). Las asociaciones tienen que ser registradas según los arts. 58-60 de esta ley.

[106] Sobre la obligación jurídica de los Estados de la UE a introducir una verdadera acción colectiva en materia de protección de la naturaleza, véase, por ej., EPINEY, "Gemeinschaftsrecht und Verbandsklage", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1999, ps. 485 y ss.; CALLIES, "Europäische Vorgaben für die umweltrechtliche Verbandsklage", en *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht* (EurUP), 2003, ps. 7 y ss.; de otra opinión (bastan meros derechos de procedimiento): PIETZNER-RONELLENFITSCH, *Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 10ª ed., 2000, § 14 nro. 30.

[107] La acción colectiva interpuesta por una asociación para la protección de esta bahía fue desestimada incluso por la Corte Constitucional Federal por no tratarse de una asociación

En el marco del ya mencionado "Convenio de Aarhus" (*supra* I) los Estados se han visto obligados aun a reforzar el hacer uso de la acción colectiva, si bien las respectivas regulaciones de aquel acuerdo internacional conceden al legislador nacional algún margen para la libre apreciación [108].

2. Medidas cautelares

La clara tendencia hacia una mayor apertura de la justicia administrativa para el ciudadano de la Unión Europea se ve vivificada finalmente por los influjos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la debida protección judicial a través de las medidas cautelares [109]:

a) Cuando una regulacion o decisión administrativa a nivel de los Estados de la UE lesiona normas concretas del derecho comunitario (por ej., las reglas sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capital), no se considera nula sino que se prohíbe —conforme a la primacía del derecho de la UE— su ejecución. Consecuentemente, se tiene que garantizar —de nuevo bajo el aspecto de la efectividad de la tutela judicial— el acceso a la justicia no sólo cuando ya se han realizado concretas medidas ejecutivas sino también inmediatamente antes de la puesta en marcha de semejantes medidas. Esto implica, según la jurisdicción permanente del Tribunal de Justicia, la *facilitación de una protección judicial previa* —también cuando el derecho procesal a nivel nacional, como ha sido el caso especialmente en el Reino Unido, no conoce semejantes estructuras—. Han sido fundamentales en este contexto las decisiones de la Corte en Luxemburgo acerca de la inscripción provisional de empresas españolas de pesca en el respectivo registro inglés de actividades pesqueras para posibilitarles —previamente— la pesca en aguas marítimas inglesas [110].
b) La efectividad de la tutela judicial frente a lesiones del derecho comunitario puede requerir, además, el hacer uso de los distintos mecanismos de

---

registrada según la ley sobre la protección de la naturaleza (en NVwZ, 2001, p. 1148). De manera crítica frente a esta jurisdicción y desde la perspectiva del derecho europeo, CALLIESS, cit., EurUP, 2003, ps. 7 y ss. El proceso de planificación sigue quedándose sin resolución judicial definitiva, lo que aclara nuevamente el campo de tensión entre la protección judicial y los intereses económicos en conexión con proyectos infraestructurales.

[108] Véase VON DANWITZ, cit., NJW, 2003, ps. 272 (280 y ss.).

[109] Véanse en la doctrina alemana los artículos de HAUSER y HIRSCH, en *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg* (VBlBW), 2000, ps. 377 y ss., resp. 71 y ss.; STERN, en *Juristische Schulung* (JuS), 1998, ps. 769 (775 y s.).

[110] Sentencia del TJ, en RJTJ, 1990, ps. I-2433 y ss. *Factortame* I; también JANNASCH, en NVwZ, 1999, ps. 496 (496).

la *ejecución inmediata* de un acto administrativo cada vez que el recurso de impugnación o el recurso previo al contencioso-administrativo contra un acto administrativo, traigan consigo el efecto suspensivo [111] y así la persistencia de una situación no compatible con el derecho europeo. El Tribunal de Justicia pide entonces y para superar el efecto suspensivo el ordenamiento expreso de la ejecución inmediata por parte de las autoridades nacionales [112]. El específico interés público en la ejecución inmediata que se requiere, según la regulaciones nacionales del derecho procesal, para esta medida resulta entonces (y en el curso de la debida interpretación conforme al derecho comunitario) de la necesidad de evitar la persistencia de situaciones jurídicas que no cumplen con las normas europeas. Por la misma razón tampoco se da ninguna lesión de la garantía nacional de la protección judicial (como, por ej., en el art. 19, párr. 4 de la ley fundamental alemana) [113].

c) Finalmente y por encima de lo dicho, los tribunales administrativos pueden ordenar —en el caso de un acto administrativo que excepcionalmente (por ej., cuando lo prevé una ley) puede ser ejecutado inmediatamente—, el *restablecimiento del efecto suspensivo* [114] si suponen que la ilegalidad del acto administrativo que sirve para la ejecución de una determinada norma europea resulta de la incompatibilidad de esta norma con otras reglas del derecho comunitario. De esta manera el Tribunal de Justicia admite una cierta competencia precipitada de los tribunales nacionales para declarar —al menos provisionalmente— la nulidad de una norma habilitadora del derecho comunitario, si bien bajo debida observación de algunas restricciones. Así, el tribunal administrativo debe, si quiere restablecer el efecto suspensivo del recurso, dudar de manera considerable de la compatibilidad de la norma habilitadora con el derecho comunitario; el tribunal tiene que plantear la cuestión acerca de la legalidad de la norma para su resolución definitiva al Tribunal de Justicia [115]; el demandante tiene que correr —en el caso del no restablecimiento del efecto suspensivo— el riesgo de sufrir un daño grave e irreparable (*periculum in mora*), y finalmente el tribunal nacional tiene que considerar debidamente el interés

[111] Regla general —y singular— en el derecho procesal alemán (conf. art. 80, párr. 1 de la Ley sobre Justicia Administrativa), mientras que la mayoría de los demás ordenamientos nacionales se rige según la regla francesa de la *présomption de légalité des décisions administratives*, que no admite la suspensión automática de la ejecución de un acto administrativo, conf. CHAPUS, *Droit administratif général*, 10ª ed., 1996, p. 1071. En España, E. García de Enterría ha reclamado con toda énfasis la introducción del efecto suspensivo generalizado, véase también BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, Madrid, 1992, ps. 432 y ss.

[112] Conf. sentencia del TJ, en RJTJ, 1990, ps. I-2879 (2905), "*Tafelweindestillation*".

[113] Conf. STERN, cit., JuS, 1998, ps. 769 (775).

[114] En Alemania, según el art. 80, párr. 5 de la Ley sobre Justicia Administrativa.

[115] Según el procedimiento previsto en el art. 234 del Tratado de la CE.

comunitario en la uniformidad de la práctica ejecutiva en todos los Estados de la Unión [116]. Resulta que con esta jurisprudencia se limita en cierto modo y en el interés de la tutela judicial efectiva del ciudadano de la Unión, el propio monopolio de decisión del Tribunal de Justicia en lo referido a la legalidad o no de las normas del derecho europeo derivado [117].

d) Las mismas condiciones valen cuando se trata de ordenar *medidas positivas y precautorias de la Administración* con el fin de la regulación provisional de las relaciones jurídicas con relevancia en el derecho europeo. En este sentido reza la jurisdicción del Tribunal de Justicia que se apoya sobre todo en el modelo del art. 243 del Tratado de la CE. conforme al cual el tribunal europeo "podrá ordenar (todas) las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo" [118].

Al fin y al cabo, los mencionados y rígidos postulados del Tribunal de Justicia han llevado a una considerable ampliación del acceso a la justicia administrativa —especialmente en aquellos Estados en cuyos ordenamientos procesales las medidas cautelares no habían sido desarrolladas con demasiado énfasis [119].

Es más: El no cumplir las aquí esbozadas obligaciones que surgen del derecho comunitario para el control judicial de la labor ejecutiva de las administraciones en los páises de la UE, puede llevar consigo hasta la responsabilidad (financiera) de los Estados así como su condenación por no cumplir el Tratado de la CE a iniciativa de la Comisión Europea (según el art. 226, TCE) [120].

F. CONCLUSIÓN

Resumiendo los múltiples cambios en la práctica diaria de la Administración Pública así como en el derecho administrativo (a nivel nacional e internacional), se pueden deducir dos tendencias a primera vista opuestas en lo referido al

[116] Conf. sentencia del TJ, en RJTJ, 1991, ps. 415 y ss., "*Zuckerfabrik Süderithmarschen*".

[117] Conf. STERN, cit., en JuS, 1998, ps. 769 (775).

[118] Conf. sentencia del TJ, en RJTJ, 1995, ps. 3781 y ss. -"*Atlanta*".

[119] Para una visión de derecho comparado en este contexto, GROSS, *Die Verwaltung*, cit., ps. 415 (430 y ss.); SOMMERMANN, "Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten", en *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2002, ps. 133 (143 y ss.) —destacando especialmente las respectivas reformas en Francia, España y Portugal. Véanse, sobre las reformas en Francia, ORTIZ-ÁLVAREZ, cit. (nota 89), ps. 2404 (2418 y ss.), así como las contribuciones al número 5 de la *Revue Française de Droit Administratif*, 16 (2000), ps. 921 y ss.

[120] Véase —en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos judiciales— la sentencia del TJ en el asunto C-129/00 - *Köbler* del 30/9/2003, en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW), 2003, ps. 718 y ss.

acceso a la justicia administrativa, por un lado nos encontramos ante un considerable cambio de las tareas y funciones, y ante una verdadera pérdida de influencia o bien erosión del contencioso-administrativo que resulta especialmente de los procesos de privatización, liberalización, economización e informalización de las tareas y actuaciones administrativas a nivel nacional [121]. Por otro lado aumentan las influencias procedentes de los ordenamientos inter y supranacionales que invisan —al menos en el derecho procesal alemán— más bien en la dirección inversa, es decir, una ampliación del acceso a la justicia administrativa mediante la instrumentalización del ciudadano para el control objetivo de la ejecución de las normas internacionales. Ambos movimientos están vinculados por un dato significativo que tienen en común y que consiste en el creciente *plusvalor* del propio procedimiento administrativo en lugar de la examinación material o a fondo en el proceso del contencioso-administrativo (debido sobre todo al acelerado aumento de los meros derechos de información, participación y audición).

La creciente apertura así como una cierta restricción de la vía al contencioso-administrativo como consecuencia de estos "derechos" meramente "formales" —que pueden considerarse a la vez como síntomas de una cierta resignación del derecho administrativo y de su justicia frente a las complicadísimas relaciones jurídico-administrativas en nuestras sociedades pluralistas— debe llevar consigo a la vez y sin duda ninguna a una disminución de la propia *densidad del control* (material) por los tribunales administrativos (al lado de un significante resfuerzo del propio Poder Ejecutivo) según la regla: Cuanto más se admite y se "formaliza" el acceso a la justicia administrativa, tanto más tiene que sufrir necesariamente la intensidad del control judicial, sobre todo en lo referido a la protección de verdaderos "derechos" (subjetivos) del ciudadano [122].

Con esto se puede preguntar finalmente si la tendencia hacia una mayor "formalización" de la tutela judicial-administrativa —en el marco de los procesos actuales hacia la *good governance* que proponen, por ej., el "derecho a una buena administración" en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [123], en primer lugar, el ortorgamiento de derechos a ser oído y participación así como de un derecho generalizado a la información [124]— no corre el riesgo de una cierta desnaturalización de la protección jurídica y judicial que puede menoscabar a lo largo la propia justicia material (si pretendemos saber qué es "justicia material", pero esto ya es otro tema).

[121] De manera muy instructiva también SCHMIDT-ASSMANN, "Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit", en *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg* (VBlBW), 2000, ps. 47 y ss.; además: SCHENKE, cit. (nota 35), p. 4.

[122] Véase también MARTÍNEZ SORIA, cit. (nota 92), p. 175; VON DANITZ, cit. (nota 84), NVwZ, 2003, ps. 272 (281 y ss.).

[123] Previsto como art. II-41 en el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa del 18/7/2003.

[124] Véase también el art. 42 de la mencionada Carta (art. II-42 del proyecto del Tratado de Constitución).

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA ARGENTINA

por JUAN CARLOS CASSAGNE*

I. FILIACIÓN HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DE NUESTRA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y SU COMPARACIÓN CON EL MODELO NORTEAMERICANO

1. Introducción

Suele afirmarse que nuestro sistema constitucional es judicialista al igual que el norteamericano. Esta afirmación es parcialmente cierta, sobre todo en lo que atañe a la organización de la justicia federal y a la determinación de la competencia de la Corte Suprema [1]; entraña, por otra parte, una visión errónea acerca del funcionamiento del sistema constitucional de ambos países, cuyas bases y puntos de partida (para utilizar una fórmula tan significativa como la del título de la obra del gran Alberdi), así como su posterior evolución en los respectivos derechos, resultan radicalmente diferentes [2].

Varias son las cuestiones que entran en juego a la hora de analizar las diferencias o aproximaciones que existen entre el sistema constitucional argentino y el norteamericano pero ningún análisis podrá arribar a un resultado cierto si no parte del núcleo de principios que integran las fuentes de la justicia administrativa y del saber histórico [3].

Nadie discute que el sistema de justicia administrativa, contencioso-administrativo, derecho procesal administrativo o como se lo quiera denominar convencionalmente, constituye, en realidad, un subsistema perteneciente a un sistema que lo engloba, el cual constituye el eje de nuestra Constitución y también de la norteamericana.

* Profesor titular de Derecho Administrativo, UBA.

[1] Comparar nuestros arts. 116 y 117 de la CN con el art. III, Secciones 1 y 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

[2] Con una expresión gráfica para la época Alberdi llegó a expresar que decir que son iguales es algo así como confundir un huevo con una castaña.

[3] Conf. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Fragmentos de derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 114.

Este sistema no es otro que el denominado de separación de poderes, el cual hunde sus raíces históricas en el conocido trabajo de Montesquieu [4], aunque existen antecedentes aristotélicos del principio (sin una formulación tan orgánica ni moderna) y, lo que es menos conocido, en las instituciones del derecho visigodo, particularmente el que rigió en España desde finales del Imperio Romano de Occidente.

En rigor, son muchas las instituciones del derecho público occidental que encuentran su fuente en el derecho de los visigodos (entre ellas, el poder judicial independiente, los embriones del sistema federal y la autonomía de las ciudades) lo cual implica reconocer que las raíces de importantes instituciones y principios de derecho público desarrollados más tarde en Inglaterra y en los países de Europa continental tienen origen germánico.

Precisamente, en las instituciones visigodas se encuentran los antecedentes de muchas figuras y concepciones que la Revolución Francesa reprodujo como originales y nuevas, como si el derecho no fuera la obra decantada de instituciones que van evolucionando y perfeccionándose con el paso del tiempo.

Así aconteció, entre otras figuras, con el concepto de "ciudadano", que aparece en el derecho medieval, y con el principio que asignaba valor de ley suprema a los Fueros medievales, los que estaban "por encima de la voluntad real [5]". La consecuencia era que lo que se hacía contra el fuero se consideraba nulo *ipso foro*.

En cambio, la obra de la Revolución Francesa, al crear una monarquía constitucional dependiente del Poder Legislativo, dejó al Ejecutivo a merced del poder parlamentario, lo que condujo, en pocos años, a la destrucción del régimen que pretendió instituir, claramente violatorio de la separación de poderes. Por eso, la principal consecuencia no fue tanto la afirmación de la supremacía de la ley sobre la voluntad del Rey sino la sumisión de éste al poder del Parlamento.

Ahora bien, la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, sostenidos incluso por prestigiosos autores, en torno a las fuentes de nuestro derecho público, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados) y las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista.

[4] Un estudio exhaustivo sobre la teoría se encuentra en el trabajo de Jorge Tristán Bosch, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1944, ps. 35 y ss.

[5] Gorostiaga, Norberto, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1944, ps. 71 y ss., cit. por Linares Quintana, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, ps. 17 y ss.

2. *Las fuentes del derecho público argentino*

Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una de las bases sobre las que se edificó nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853.

De allí que algunos autores hayan pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deban adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso (v. gr. efectos *erga omnes* de la anulación de reglamentos) [6].

Sin embargo, como creemos haberlo demostrado en otras oportunidades [7], esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, de que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana. De allí, algunos autores han deducido [8], en forma puramente dogmática y sin tener en cuenta los estudios históricos y doctrinarios efectuados sobre las fuentes constitucionales de nuestra ley suprema que desmienten esa tesis, que, en realidad, fue sólo una simplificación realizada con fines didácticos o políticos (en el caso de Sarmiento).

Hay que advertir que la circunstancia de que el derecho administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna, no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes sino también porque no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispanoamericanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de go-

[6] Ver MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 95 y ss.

[7] Entre otras, en nuestro *Derecho Administrativo*, 7ª ed., t. I, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 170 y ss.

[8] MAIRAL, Héctor A., *Control...*, cit., p. 95, sostiene que el modelo fue la Constitución norteamericana con cita de la obra de Joaquín V. González (*Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1983, ps. 37 y ss.). Lo cierto es que en la época en que Mairal sostuvo esta postura buena parte de los publicistas habían arribado a la conclusión de que la fuente principal fue el proyecto de Alberdi, basado en una yuxtaposición o diversidad de fuentes (hispanoamericanas, europeas y norteamericanas). La tesis que criticamos entraña una simplificación sobre el modelo judicialista adoptado en ambos países así como su evolución posterior sin darle relevancia al art. 109, CN (ex art. 95, CN) ni a sus fuentes.

bierno [9] y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda) siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las *Bases* [10].

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la norteamericana constituye un equívoco histórico doctrinario y lo cierto es que no resulta sustentable, como surge de la interpretación del propio Alberdi quien, al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, comienza diciendo nada menos que: "para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos [11]".

Y si tal como se ha demostrado, a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, que el proyecto de Alberdi ha sido la fuente más importante de nuestra Constitución [12], nada mejor que acudir a las *Bases* y al proyecto de Constitución que tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del derecho público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos *Estudios* que "todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial [13]".

En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del derecho público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible, a saber:

[9] La fórmula del art. 3° de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que Alberdi venía señalando desde sus primeros trabajos en *El Nacional* de Montevideo y que después reprodujo en las *Bases* de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. En tal sentido, Alberdi indicó que "la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez" (véase Demichieli, Alberto, *Génesis de las "Bases"*, Buenos Aires, 1966, p. 22).

[10] Aja Espil, Jorge A. sostiene que "el federalismo argentino es distinto al estadounidense ya que existen diferentes raíces históricas y sociales entre ambos países" (*Constitución y Poder*, Tea, Buenos Aires, 1987, p. 30); véase también: González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, 2ª ed., Lajouane, Buenos Aires, 1923, p. 6.

[11] Alberdi, Juan B., *Obras completas de J. B. Alberdi*, t. V, "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853", Buenos Aires, 1886, p. 148.

[12] Véase Díaz Arana (h), Juan J., *Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1947, p. 37 y ss.

[13] Alberdi, Juan B., *Obras completas...*, cit., p. 156.

(i) el diseño del Poder Ejecutivo como jefe de la Administración y titular de la administración general del país (ex art. 83, inc. 1°, de la CN de 1853), lo cual veda la creación de entes o agencias de la Administración dependientes del Congreso [14] norma que, en su esencia, ha mantenido la Constitución de 1994 [15], si bien la respectiva atribución resulta ahora también ejercida por la híbrida figura del jefe de Gabinete, que depende jerárquicamente del presidente;

(ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley, lo cual se encuentra en la misma línea de un precepto del Proyecto de Alberdi que concedía al Congreso la atribución de *"dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución"* (art. 67, inc. 7°, del Proyecto de Alberdi). Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994 al instituir positivamente las figuras de los reglamentos delegados, para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (art. 76, CN), y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente a partir de la reforma constitucional en el art. 99, inc. 3°, CN;

(iii) mientras la Constitución norteamericana mantuvo el *common law* y la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que, para el pensamiento continental europeo y argentino integran el derecho privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex art. 67, inc. 11 y actual 75, inc. 12, CN) lo cual ha permitido aplicar analógicamente en el derecho público las normas del Código Civil y Comercial, de manera uniforme en todo el país, incluso al derecho público local;

[14] Al respecto, señala Alberdi: "Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur" (ALBERDI, Juan B., *Obras completas...*, cit. p. 157).

[15] CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, 6° ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000, p. 323 y ss.

(iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el norteamericano en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853 y si bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (v. gr., en materia legislativa).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia de los antecedentes patrios [16], de distintas constituciones provenientes del derecho comparado, especialmente la de Chile de 1833 y de diversas constituciones europeas (como la española de 1812) [17] y de los Estados norteamericanos.

Así, el pluralismo que caracteriza a las fuentes en que abreva nuestro derecho público se extiende al derecho procesal, rama ésta que una parte de la doctrina pretendió, en su momento, hacer dependiente del derecho francés, olvidando la influencia que han tenido otros derechos, como el español y el italiano, en la conformación de sus principales instituciones.

En el caso del derecho administrativo, los principales juristas que nos precedieron, Marienhoff, Diez y Linares, tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular Linares [18], de quien podía suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios de derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que "también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el *common law* americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su

[16] Véase CASSAGNE SERRES, Blanca A., *La Constitución Nacional. Filiación histórica del Preámbulo argentino*, El Ateneo, Buenos Aires, 1945, p. 57.

[17] Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, ps. 41 y ss.; ver también SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1958, ps. 81 y ss., quien anota que, habida cuenta de las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias "demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU." (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se basa en el modelo francés de 1791 (p. 89); ver también VANOSSI, Jorge R., *El carisma de una Constitución perdurable*, publicación de los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 708.

[18] LINARES, Juan F., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1986, p. 20, cuyo pensamiento ha sido tergiversado por algunos autores.

derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro".

3. Sobre los orígenes de la justicia administrativa

La perspectiva, como figura vinculada al fenómeno jurídico inserto en toda institución, parte de una situación determinada en el tiempo y se proyecta hacia el futuro como un conjunto de visiones distantes.

Por tal causa, esa visión a distancia de las cosas requiere como punto de partida un conocimiento acabado del saber histórico cuidando de no olvidar—como nos ha advertido Sebastián Martín-Retortillo— que "la historia de un sistema no se agota con la referencia más o menos completa a un sistema normativo [19]".

Y si bien no es nuestro propósito realizar un estudio histórico exhaustivo acerca del origen de la justicia administrativa en el derecho comparado nos parece necesario desbrozar algunos equívocos, como aquel que, sobre la base de la descripción formal y lógica de un producto revolucionario, atribuye el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa [20], como si fuera una operación quirúrgica que creó un derecho nuevo y no la obra decantada de un largo proceso histórico.

Ese largo proceso histórico, originado en el Antiguo Régimen francés, que se basaba en el principio de separación entre las autoridades administrativas y las judiciales, alcanzó a establecer la judicialidad de los conflictos entre los particulares y la Administración, asignando la respectiva competencia a órganos administrativos separados de la Administración activa (intendentes y Consejo del Rey) [21].

La circunstancia de que la jurisdicción administrativa naciera bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, ha sido señalada nada menos que por Tocqueville [22] y por Laferrière [23] encontrándose referencias en numerosos estudios jurídicos realizados por autores franceses durante el siglo pasado (v. gr. Viollet, Esmein, Chenon, etc.).

[19] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Fragmentos de derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 116.

[20] Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas de derecho público a comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2002, ps. 27 y ss.

[21] La trascendencia del conflicto que, durante años, enfrentó a los funcionarios del Rey con los Parlamentos que ejercían funciones judiciales fue muy grande, al igual que su duración pues abarca prácticamente desde el reinado de Luis XIV hasta el de Luis XVI, inclusive.

[22] TOCQUEVILLE, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution, Oeuvres complètes*, 2ème ed., t. II, vol. 1, Gallimard, París, 1952, ps. 123 y ss.

[23] LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la jurisdiction administrative*, t. I, 2ª ed., París, 1896, especialmente ps. 10 y 139.

La Revolución Francesa, aunque partió del reconocimiento del mismo principio de dualidad de jurisdicciones prescripto por el Antiguo Régimen, consagró una solución radicalmente distinta, suprimiendo los intendentes y el Consejo del Rey y transfiriendo la titularidad de la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa [24], que de esa manera eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto [25].

Resulta obvio, entonces, colegir que en la realidad del sistema instituido por la Revolución Francesa se encontraba una suerte de inmunidad de la Administración y sus funcionarios. Como es sabido, éstos fueron libres de cometer toda suerte de sucesos aberrantes que afectaron la vida y la propiedad de los franceses, en aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el inexplicable dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual.

Un sistema tan regresivo no podía durar mucho tiempo y a los nueve años (es decir, en 1799) Napoleón terminó dando una vuelta de tuerca hacia un modelo similar al del Antiguo Régimen mediante la creación, en cada departamento, de un "Consejo de Prefectura" con competencia para conocer en determinados asuntos administrativos.

Como sostuvo Benoît, ese proceso significó "la reaparición de la jurisdicción del intendente" completada más tarde con la creación del Consejo de Estado, a partir del cual la historia del extraordinario desarrollo que llegó a alcanzar el derecho administrativo francés es bien conocida.

La conclusión que se desprende de todo ello es que la justicia administrativa es el producto de un dilatado proceso histórico que va decantando sus principios y soluciones. Es cierto que ha recorrido a veces un camino equivocado pero también resulta posible que a través de un golpe de timón pueda recobrar el equilibrio de poderes, que es la base para el funcionamiento armónico de cualquier sistema político.

En otras palabras, la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada (igualdad, libertad, propiedad, defensa y promoción de la competencia, seguridad física y jurídica, independencia, etc.).

Cabe entonces preguntarse si, en la actualidad, la justicia administrativa argentina responde a esos valores que los ciudadanos consideran como parte de

[24] Ley 16 del 24 de agosto de 1790.

[25] Francis Benoît apunta que "las soluciones revolucionarias constituían un retroceso considerable con relación a las del Antiguo Régimen. La disociación operada por la Monarquía entre la Administración activa, que era susceptible de ser juzgada y los cuerpos administrativos de carácter jurisdiccional, que la juzgaban, desaparecía. En adelante, la propia Administración activa era su juez: nada ilustra mejor este estado del derecho que la misma noción de 'ministro-juez'" (BENOÎT, Francis P., *Le droit administratif français*, Dalloz, París, 1968, p. 282, parágrafo 498).

los bienes comunes y de los derechos que merecen ser protegidos de la arbitrariedad proveniente de los diferentes órganos del Estado así como de personas que, siendo de naturaleza privada o pública no estatal, son parte o intervienen en calidad de terceros en los procesos administrativos.

No hay que olvidar que la significación ideológica de la justicia administrativa consiste en matizar el carácter individualista que ella tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos [26].

Es que, básicamente, el problema de la justicia administrativa pasa por limitar el poder el cual "es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación" [27]. La novedad actual radica en que el ejercicio del poder público ante la jurisdicción administrativa se ha transferido —en algunos sistemas como el nuestro— tanto hacia organismos públicos (ej. órganos extra-poder como el Defensor del Pueblo) como hacia organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios, a través de verdaderas acciones populares que ponen en grave riesgo el equilibrio del sistema de protección de los derechos de los particulares que no tienen cabida en los mecanismos de acciones colectivas, a menos que se reglamenten las denominadas acciones de clase.

4. Tipología básica de los sistemas judicialistas, de tribunales administrativos o mixtos en relación al principio de separación de poderes

Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos.

Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los estados o provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio.

[26] Con razón, Garrido Falla anotó que "los intereses y las situaciones individuales son, en sí mismos, respetables y su sacrificio ante las exigencias del interés general sólo puede producirse dentro del marco de la legalidad. En definitiva, aquí se encuentra la radical diferencia entre el Estado de Derecho subjetivista y las 'garantías de legalidad', que a veces se establecen en los Estados totalitarios y de los cuales hemos tenido ejemplos que, afortunadamente, han pasado a ser históricos" (conf. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 20).

[27] FERNÁNDEZ, Tomás R., *Entre el derecho y la política*, Abella, Madrid, 1987, p. 12.

En la vereda opuesta a un sistema judicialista puro se encuentran los sistemas de tribunales administrativos, los cuales actúan en el ámbito de la Administración, aun cuando sus jueces se desempeñen con independencia funcional, como ha sido en la tradición francesa que exhibe la labor del Consejo de Estado.

Pero se admite que puedan coexistir con la división de poderes formas mitigadas del sistema judicialista reconociendo excepcionalmente, sin instituir una cláusula general, determinados tribunales administrativos, por razones de especialización, con control judicial posterior limitado, o bien los llamados sistemas de jurisdicción administrativa primaria con control judicial amplio o simplemente revisor, o incluso excepcionalmente prohibido, como acontece en el sistema norteamericano.

En estos últimos sistemas, que podrían denominarse mixtos, la clave para determinar cuál es el sistema que mejor se concilia con el principio de separación de poderes se encuentra en el alcance del control o revisión judicial, siendo evidente que aquel que cumple con mayor rigor los postulados en que se apoya es el que consagra el control judicial más amplio posible (entre nosotros, el denominado "control judicial suficiente"). Aquí aparece una tensión (señalada, entre otros, por el jurista alemán Pielow) entre justicia y eficiencia, donde el funcionamiento de los sistemas muestra que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa.

5. Las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista

La configuración del sistema judicialista consagrado en la Constitución de la Nación Argentina, estructurado sobre la base de la división de poderes, se apoya en un cúmulo de principios prescriptos en preceptos constitucionales. Ellos son:

a) la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18, CN;
b) la institución de un poder judicial independiente en cabeza de la Corte Suprema, integrado por los demás tribunales inferiores que establezca el Congreso (art. 108, CN) a los que les corresponde juzgar las "causas" que se sometan a su jurisdicción (art. 116, CN) (entre otras, aquellas en que la Nación sea parte o que se susciten entre dos o más provincias);
c) la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109, CN) y
d) la cláusula que permite promover el amparo judicial contra los actos u omisiones de los poderes públicos que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, derechos o garantías constitucionales (art. 43, CN).

Sin embargo, de todo ese cuadro de principios constitucionales, es evidente que el de mayor singularidad para la tipología judicialista del sistema se encuen-

tra articulado por el precepto contenido en el art. 109 de la CN (ex art. 95, CN) el cual prescribe: "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

La fuente más próxima de esta cláusula constitucional es el art. 108 de la Constitución chilena de 1833 que, a su vez, se inspira en el art. 243 de la Constitución liberal de Cádiz de 1812 [28] y en el art. 7 del Reglamento de la Junta Conservadora del 22 de octubre de 1811.

Un análisis superficial, bajo el influjo del nacionalismo que a veces nubla la visión jurídica de los argentinos (que suelen ubicarse también en el extremo opuesto queriendo importar cuanta institución extranjera los atraiga), nos hubiera deparado una conclusión que, aun apelando a la certidumbre cronológica, fuera realmente tan notable como absurda [29]. Pero al bucear en las fuentes españolas más inmediatas comprobamos que un precepto similar se encontraba en el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo dictado por las Cortes españolas (generales y extraordinarias) estableciendo las funciones, facultades y atribuciones del Consejo de Regencia [30] el cual es anterior a la sanción del Reglamento de la Junta Conservadora.

Por su parte, esa línea marca el principio que debía reinar, por razones históricas, en nuestra justicia administrativa, sobre la base de un sistema típicamente judicialista que hunde sus raíces en las instituciones hispánicas, primordialmente en Aragón y, más tarde, en Castilla. Fueron precisamente dichas instituciones las que supieron crear un poder judicial independiente, con anterioridad a los sistemas de división de poderes que mucho tiempo después desarrollaron primero Inglaterra y, luego, los demás países europeos.

El Justicia Mayor de Aragón constituye el símbolo quizás de mayor trascendencia histórica y jurídica en cuanto representa la independencia judicial frente al rey, a tal punto que continuó rigiendo hasta el reinado de Felipe II cuya política absolutista transformó la institución, tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, quedando sujeta, desde entonces, a la autoridad real.

La tesis que venimos sosteniendo acerca de la influencia de las instituciones visigodas en nuestra Constitución histórica de 1853 ha sido propugnada por autores de la talla de Estanislao S. Zeballos y Segundo V. Linares Quintana.

Al respecto, Zeballos señaló en 1916 que al rechazar el estudio comparativo de la Constitución argentina con las instituciones visigodas había llegado a

[28] El art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 prescribe: "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos".

[29] Nos preocupaba el hecho de que los juristas argentinos sostuvieran que el Reglamento de 1811 hubiera sido la fuente de la Constitución de Cádiz.

[30] Decreto XXIV de 16 de enero de 1811, Cap. III, art. 1.

un resultado sorprendente en el sentido de que nuestra Constitución "¡tiene en las instituciones de la Monarquía visigoda de los siglos V, VI, VII, VIII y IX de la era cristiana, raíces profundas que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra, porque no existían!" [31].

Entre esos principios, el que separa el Poder Judicial de los poderes Ejecutivo y Legislativo y prohíbe a éste el ejercicio de funciones jurisdiccionales traduce la continuidad de la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla (como se reconoce en los fundamentos del discurso preliminar con que se acompañó el texto de la Constitución de Cádiz).

Así, pudo decir Bielsa del Justicia de Aragón que fue una "admirable institución, cuya esencia es la de las más altas cortes de justicia defensoras de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución [32]".

Por todo ello no puede extrañar que un antecedente hispánico similar al *habeas corpus* anglosajón, el juicio de manifestación, haya influido también en nuestra tradición jurídica constitucional [33] ni menos aún que la Constitución de Cádiz de 1812 constituya una de las fuentes nutricias de la Constitución argentina como lo han destacado Linares Quintana [34] y otros juristas [35].

La prescindencia de las fuentes constitucionales es muchas veces causa de graves errores de interpretación sobre el sistema judicialista de la ley suprema, el cual requiere —para una cabal hermenéutica— partir de sus bases históricas para captar su finalidad y su articulación con los demás principios constitucionales.

En esta materia, los trasplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir cambios incompatibles con nuestra idiosincrasia y el piso de realidad o experiencia sobre el que transitan nuestras principales instituciones.

[31] Conf. Zeballos, Estanislao S., "Influencia de las instituciones visigodas en las argentinas", en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, año XVIII, t. LV, Buenos Aires, 1916, p. 379, con citas del "Fuero Juzgo" que, como es sabido, constituye la recopilación del "Liber iudiciorum" (principal cuerpo legal visigótico). Este trabajo de Zeballos es la reproducción de una conferencia pronunciada por el autor en el Club Español de Buenos Aires el 12 de octubre de 1916, cuya trascendencia para esa época ha sido recientemente reconocida en el libro *Ortega en La Nación*, de Marta M. Campomar, El Elefante Blanco, Buenos Aires, 2003, p. 72.

[32] Bielsa, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1936, p. 126; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. I, Buenos Aires, 1953, p. 35 y ss.

[33] Linares Quintana, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 200, p. 23 y ss.

[34] Linares Quintana, Segundo V., *Raíces hispánicas...*, cit., ps. 33 y ss.

[35] Conf. Rodríguez Varela, Alberto, *Génesis del constitucionalismo argentino*, JA 1962, t. VI, sección doctrina, p. 117; Seco Villalba, José A., *Fuentes de la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1943, p. 218 y ss.; y Matienzo, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1921, ps. 415-416.

Por eso, hay que reconocer que el sistema judicialista que instituye la Constitución argentina configura un conjunto articulado y armónico de premisas y consecuencias que, aun cuando no sea del caso desarrollar en forma pormenorizada, no pueden dejar de ponerse de relieve, tales como:

a) en principio, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;
b) sólo excepcionalmente, las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para salvar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos del Ejecutivo (nunca al titular del Poder Ejecutivo) aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;
c) la tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se afirma gracias al *status* constitucional (art. 75, inc. 22, CN) que adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos arts. 8 y 24 lo contemplan.

De este principio, se desprende una serie de consecuencias:

1) la superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema en numerosos precedentes [36];
2) la ampliación del círculo de legitimados al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (v. gr. consumidores y usuarios, en general, los derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo, arts. 42 y 43, CN);
3) la eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía administrativa, lo cual también refirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa [37];

[36] El criterio de la revisión judicial posterior sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración se afirmó en la jurisprudencia de la Corte, aunque en forma casuista, a partir del caso "Fernández Arias" (*Fallos*, 247: 646).

[37] Una fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ha hecho TAWIL, Guido S., en "Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial", ED 125-958.

4) la supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales, los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción de los respectivos derechos.

6. *La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano no ha sido igual a la argentina. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa*

En el sistema que rige en los Estados Unidos de América no existe, para el control de los actos de la Administración Pública, una tradición judicialista tan fuerte como la de la Constitución argentina, sino que evolucionó hacia la adopción generalizada de una jurisdicción administrativa primaria que incluso, en algunos casos excepcionales, no es judicialmente revisable [38].

En tal sentido, con meridiana claridad el profesor Bernard Schwartz ha sostenido que la jurisdicción primaria administrativa y el principio que exige el agotamiento de la instancia administrativa son como dos caras de la misma moneda. Mientras que la jurisdicción primaria determina si un tribunal judicial o un ente administrativo tienen jurisdicción inicial, la doctrina del agotamiento define si se puede revisar lo actuado por un ente administrativo que no es la última instancia en el ámbito de la Administración [39].

De ese modo, lo que aconteció tras la evolución del sistema judicialista norteamericano fue el reconocimiento de una nueva forma de jurisdicción distinta de la judicial.

Esta circunstancia, bastante atípica, terminó por convertir a dicha jurisdicción primaria administrativa en una verdadera instancia del proceso administrativo, sustituyendo, en los hechos, a los tribunales federales de primera instancia (denominados tribunales de distrito) ya que las leyes que rigen el procedimiento ante la jurisdicción federal prescriben, contra las decisiones de diversos órganos o agencias administrativas, un recurso directo de apelación ante las Cortes de Circuito [40].

[38] SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 481.

[39] SCHWARTZ, Bernard, *Administrative...*, cit., p. 533.

[40] En los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el

El principal efecto que ello produjo, no suficientemente señalado ni advertido por la doctrina norteamericana ni la vernácula, es que el control judicial no constituye un control difuso sino concentrado en un número restringido (no son más de catorce) de tribunales colegiados de segunda instancia.

Desde luego que el control difuso sigue manteniéndose a favor de la exclusiva competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, cuya fuerza expansiva se encuentra limitada al caso, por el carácter de *inter partes* de la sentencia.

En resumidas cuentas, en el orden de la realidad, el sistema norteamericano evolucionó de un modo diferente al sistema judicialista argentino, caracterizándose por una combinación, basada en el pragmatismo y en la eficiencia, entre diversos elementos propios de los sistemas judicialistas con aquellos que rigen en los sistemas de tribunales administrativos, aunque orgánicamente no sean iguales por el hecho de que constituyen, simplemente, órganos o entes de la Administración.

Por ese motivo, al tratarse de dos sistemas bien diferenciados en sus orígenes, estructura y funcionamiento, mal pueden extrapolarse sin más las fórmulas procesales del derecho norteamericano, las cuales deben pasar por el tamiz representado por los principios de nuestro sistema constitucional y por el juicio prudencial sobre la compatibilidad de cualquier institución o regla jurídica, con la tradición y las costumbres de nuestro pueblo.

---

principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas (APA, Sección 703); b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos —*statutory revision*— que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no haya remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, t. 28, cap. 158, sec. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

II. Acceso a la justicia: evolución del sistema procesal administrativo argentino

1. La venia legislativa

El llamado "contencioso administrativo", en la primera etapa de su evolución histórica, recepcionó, a través de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal [41] (basado en la teoría de la inmunidad soberana, que estaba vigente en los Estados Unidos) el sistema de la venia legislativa, para impugnar o reclamar contra los actos en que el Estado actuaba como poder público.

Este sistema, al no articular plazos para resolver las reclamaciones ni reglar los procedimientos garantísticos necesarios para la tutela de los derechos de los administrados, operó como una fórmula que, en los hechos, al bloquear o impedir el acceso a la justicia, generó continuos supuestos de denegación de esta última, puesto que los ciudadanos o empresas lesionadas no estaban habilitados (al faltarles la autorización del Congreso) para promover las respectivas acciones judiciales.

En síntesis, el sistema condujo a la indemandabilidad del Estado, ya fuera que actuara en ejercicio del poder público o como persona jurídica en el ámbito del derecho privado.

Ante esa situación, el Congreso sancionó la ley 3952, conocida como Ley de Demandas contra la Nación, admitiéndose parcialmente la demandabilidad del Estado cuando se tratare de "acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica" [42]. Finalmente, años más tarde (en 1932), el requisito de la venia legislativa se eliminó en su totalidad en la ley 11.634 [43].

2. La reclamación administrativa previa y la exigencia de una denegatoria

A su vez, tanto la ley 3952 como la 11.634 prescribieron, en el orden nacional, el requisito de la reclamación administrativa previa y su denegatoria por parte de la Administración para poder acceder a la justicia.

Obsérvese que en este punto de la evolución de nuestro contencioso-administrativo la ley, en vez de recepcionar el sistema del agotamiento de la instancia administrativa para acceder a la justicia, como era el seguido en el régimen norteamericano [44] y en el español de la ley de Santamaría de Paredes, generalizó la

[41] *In re* "Seste y Seguich", *Fallos*, 1: 317 de 1864.
[42] Art. 1°, ley 3952.
[43] Art. 1°, ley 11.634.
[44] Mairal, Héctor A., *Control...*, cit., t. I, p. 307.

institución de la reclamación administrativa previa, que aun cuando no se aplicaba entonces a los procesos administrativos tenía sus raíces en el derecho hispánico, sin perjuicio de que en el derecho francés regía una regla similar que era la decisión *préalable* [45].

El último requisito para acceder a la justicia estaba determinado por la necesidad de que se configurase la denegatoria expresa de la reclamación administrativa previa, o bien, la denegatoria tácita por el transcurso de un plazo de seis meses y un procedimiento para instar la resolución (denominado pronto despacho) al que se adicionaba un plazo adicional de tres meses, a favor de la Administración, antes de dar por habilitada la instancia judicial.

Este régimen de demandabilidad, que suponía la vigencia supletoria del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial Federal, insumía en total unos nueve meses como mínimo para que los particulares o empresas estuvieran en condiciones de promover acciones judiciales.

Pero aun así creemos con Mairal [46], que el sistema era de avanzada, muy superior al norteamericano, ya que no existían plazos de caducidad ni el Estado mantenía privilegios procesales.

Por otra parte, al no exigirse la regla del agotamiento de la vía administrativa (es decir que el recurso jerárquico era opcional como en Francia) la Administración ganaba en eficiencia y no se inundaba de expedientes en los que los particulares interponían recursos administrativos, ya que su promoción (a los efectos del agotamiento) no constituía un presupuesto de la demandabilidad del Estado. Los únicos plazos que hacían caer la acción judicial eran los de prescripción de los derechos de fondo que fundamentaban la pretensión procesal.

La principal crítica que puede hacerse sobre este período, que se extendió hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, se circunscribe a que la protección jurisdiccional se acordaba sólo a los titulares de derechos subjetivos, quedando fuera del marco procesal garantístico los llamados intereses legítimos o directos, los cuales conforme a la evolución mundial operada en esa época, contaban con dicha protección en los países considerados de avanzada en este aspecto, como Francia e Italia.

III. Los retrocesos posteriores en el acceso a la justicia

La sanción de la LNPA (ley 19.549 de Procedimientos Administrativos) significó un verdadero retroceso en la posición de avanzada que había alcanzado nuestro derecho procesal administrativo. Veamos los principales puntos que

[45] Ver Debbasch, Charles, *Contentieux administratif*, París, 1981, p. 921.
[46] Conf. Mairal, Héctor A., *Control...*, cit., t. I, p. 99.

marcan ese retroceso que afecta, fundamentalmente, el principio de la tutela judicial efectiva.

1. Generalización de la regla del agotamiento

A raíz del dictado de la LNPA, se generalizó la regla del agotamiento de la instancia administrativa (lo correcto sería decir "vía", como prescribe el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, puesto que no se trata de una primera instancia asimilable a la judicial) instituyendo un requisito innecesario, que alarga sin sentido el trámite previo a la demandabilidad del Estado, demorando consecuentemente los plazos para que los ciudadanos puedan obtener tutela efectiva de sus derechos.

2. El establecimiento de plazos de caducidad para demandar al Estado

A su vez, la LNPA prescribió plazos de caducidad, siguiendo al derecho español (aunque también existen en el derecho norteamericano) que operaban como verdaderos plazos de prescripción de los derechos de fondo, por el mero transcurso de un breve lapso [47] cuando el particular no promueve la acción judicial.

Estos plazos de caducidad sólo serían constitucionales si no impidieran después deducir una reclamación administrativa previa ya que, en estos supuestos, el particular evidencia su voluntad de promover la acción judicial, pero carece de sentido aplicarlos a partir de cualquier decisión que resuelva la clausura del estado administrativo ya que, en estos supuestos, se afecta la tutela judicial efectiva al bloquearse el acceso del particular a la justicia interpretando que su voluntad es la de renunciar a este derecho.

Por ello, los plazos de caducidad para accionar contra el Estado debieran reputarse inconstitucionales [48], en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el

[47] Hutchinson, Tomás, *Proceso administrativo*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 20, considera innecesario establecer plazos fugaces de caducidad para acceder a la justicia y propone una reforma legislativa que consagre plazos más amplios.

[48] Aunque la jurisprudencia, hasta ahora, ha sostenido su constitucionalidad ("Gypobras SA v. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia", LL 1995-E-478); sobre el punto en la doctrina contraria a esta postura véase Cassagne, Juan C., "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado", ED 45-285; y "El plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos", ED 118-377; Mairal, Héctor A., *Control...*, cit., t. I, ps. 380 y ss.; Bianchi, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", LL 1995-A-397; Tawil, Guido S., "Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa: primera aproximación", *Régimen de la Administración Pública*, nro. 133,

derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva (arts. 17 y 18, CN, y arts. 8 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, CN) protegidos en lo que se ha denominado el "contencioso de los Derechos Humanos" [49].

De otra parte, la circunstancia de aceptar los plazos de caducidad como perentorios y fatales implica, en nuestro derecho, atribuir a la función judicial, una certeza y valor de cosa juzgada equivalente a la función judicial, alterando de ese modo la interdicción prescripta en el art. 109, CN.

Otra posibilidad, para evitar que no sean inconstitucionales, sería la de admitir el replanteo de la cuestión en sede administrativa a través del reclamo administrativo previo, al menos cuando se trata de actos afectados de nulidades absolutas. En tales casos, para no caer en la asistematicidad de establecer plazos de caducidad para el administrado (breves y perentorios) y plazos de prescripción para el Estado, una correcta hermenéutica de la LNPA conduce a interpretar que el reclamo administrativo previo es una vía opcional a favor del particular, que éste puede promover después de vencidos los plazos de caducidad para deducir la acción prevista en los arts. 23 y 24 de dicha ley. Con esta interpretación que hicimos [50] en su momento junto con Linares [51], y que recibiera la adhesión de Escola [52], una vez resuelto el reclamo puede demandarse al Estado salvo que se hubiera operado la prescripción [53].

3. Combinación de técnicas diversas e incompatibles

Por otra parte, la LNPA pretendió combinar dos técnicas procesales que responden a principios diversos y que resultan incompatibles en su funcionamiento

---

Buenos Aires, 1989, ps. 11 y ss.; y *Administración y Justicia*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 178 y ss.

[49] Que surge de los Pactos Internacionales; la expresión pertenece a SALOMONI, Jorge L., "El control de la Administración Pública por las organizaciones no gubernamentales", en *Control de la Administración Pública*, RAP, Buenos Aires, 2003, ps. 447 y ss.

[50] CASSAGNE, Juan C., "La ley nacional de procedimiento administrativo 19.549", ED 42-845; y *Acerca de la caducidad...*, cit., p. 829.

[51] LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*, cap. XVI, núm. 4, § 372, Buenos Aires, 1975, ps. 418-419; y *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1974, ps. 27 y ss.

[52] ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 398: "Esta circunstancia le da un valor preponderante para los administrados, ya que aun cuando hayan vencido los plazos previstos para interponer otros recursos, siempre será procedente esta reclamación, salvo que se hubiera producido la prescripción, según las normas de derecho común, de la acción".

[53] Véase el lúcido trabajo de GORDILLO, Agustín A., "El reclamo administrativo previo", ED 89-785 y ss., en el que comparte nuestra posición y las de Linares y Escola.

como consecuencia de mantener simultáneamente la regla del agotamiento de la vía administrativa con la institución del reclamo administrativo previo. Como la regla del agotamiento estaba conectada con plazos de caducidad para acceder a la justicia (a través de la denominada vía impugnatoria) mientras que la acción judicial promovida después de haber interpuesto un reclamo administrativo previo (llamada vía reclamatoria) sólo estaba alcanzada por los plazos de prescripción, surgió una serie de conflictos que llevaron a la jurisprudencia a inclinarse por la supremacía de la acción impugnatoria (con plazos de caducidad), exigiéndose (por ejemplo en materia de los actos dictados durante la ejecución de contratos administrativos) el agotamiento de la vía administrativa y la promoción de la demanda judicial dentro de unos breves plazos de caducidad [54].

O sea que, mediante una técnica formal, el acceso a la justicia resulta denegado por los jueces, cuando los particulares no cumplen estrictamente con la carga procesal de promover las acciones judiciales dentro de los perentorios y cortos términos que establecen las leyes [55], sin importar la sustancia ni la estabilidad de los derechos de los ciudadanos afectados por actos de los poderes públicos.

[54] Así lo sostuvo la mayoría de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el conocido fallo "Petracca" (LL 1986-D-10). La Corte Suprema marcó una línea diferente en el caso "Mevopal" (LL 1993-D-51) que, según algunos, rectificó posteriormente en el caso "Gypobras". En nuestra opinión, la jurisprudencia de "Mevopal" —que no exige recurrir y agotar la vía administrativa respecto de los actos unilaterales de ejecución contractual— no ha sido rectificada por el caso "Gypobras", cuyo objeto procesal versaba sobre un acto de extinción mientras que en el precedente "Mevopal" se trataba de una de las operaciones complejas que integran el ciclo de actos de cumplimiento, previo a la finalización o terminación del contrato. (Conf. con esta interpretación que hicimos con anterioridad en nuestro libro *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, ps. 184-185; véase GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Hammurabi, t. I, Buenos Aires, 2004, p. 527). Cabe acotar que, con anterioridad (1989) el Alto Tribunal adoptó, en el caso "Pensavalle" un criterio opuesto a la solución del plenario "Petracca" sosteniendo que el acto que resuelve un reclamo administrativo previo, en el que se reclamaban daños y perjuicios derivados de la ejecución de un contrato administrativo, no se halla sujeto a los plazos de caducidad del art. 25 ni a los requisitos del art. 23 de la LNPA y que, incluso, frente a un reclamo mal dirigido, no existe inconveniente en replantearlo en sede administrativa (Conf. ESTRADA, Juan R., "Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la vía judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema", REDA nro. 4, Buenos Aires, 1990, p. 330). Tampoco pensamos que la jurisprudencia de la Corte haya cambiado con motivo de la reforma introducida al art. 7 de la LNPA por el decreto 1023/2001, habida cuenta de que esta norma dispone solamente la aplicación directa de las prescripciones del Título III de la ley (que regula el acto administrativo) a los contratos administrativos "en tanto fuere pertinente" y nada dice acerca de la aplicación a los contratos de los requisitos procesales que rigen la impugnación de los actos administrativos (que se encuentran en el Título IV).

[55] Una salida inteligente para superar la generalización en que incurre la jurisprudencia es la figura de los "meros pronunciamientos administrativos" que no tornan exigible la impugnación; ver y ampliar en MAIRAL, Héctor A., "Los meros pronunciamientos administrativos", *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff (director, Juan Carlos Cassagne), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 651 y ss.

4. El carácter revisor de la jurisdicción

En este período, subsistió la tendencia hacia la consideración de la justicia administrativa como una mera jurisdicción revisora de lo actuado en el ámbito de la Administración.

Esta tesis, que organizó el contencioso-administrativo como un proceso al acto administrativo y que, además, limitó el control de este último a la actividad reglada y a la revisión del derecho, ha sido objeto de fundadas críticas en la doctrina tanto comparada [56] como nacional [57]. En la actualidad, comienza a declinar en el orden provincial [58], donde había echado sus raíces más profundas.

Lo cierto es que el postulado de la jurisdicción revisora no sólo implica, en los hechos, atribuir a la actividad administrativa el mismo grado de estabilidad de las sentencias de los jueces que hacen cosa juzgada sino que conculca la regla del control judicial suficiente (base de la defensa en juicio) y el moderno principio de la tutela judicial efectiva [59].

IV. Algunos avances en medio de otros retrocesos

Con todo, en el escenario de los retrocesos han coexistido fórmulas procesales que han ido creciendo en forma inorgánica, amparadas en la jurisprudencia y en la legislación así como en las normas que consagró la reforma constitucional de 1994.

Esta situación, a la par que entraña una serie de ventajas evidentes para los justiciables, lleva consigo sus riesgos, en cuanto puede también provocar la desnaturalización del propio sistema procesal en el caso de que prevalezcan los criterios populistas que ven, en el proceso, un arma política para destruir los va-

[56] Fernández Torres, Juan R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, ps. 51 y ss.

[57] Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, cit., ps. 154 y ss.; Urrutigoity, Javier, "¿Hacia dónde va (o debiera ir) el proceso administrativo, tras la reforma constitucional?", en *Protección del administrado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, ps. 84 y ss.

[58] Los arts. 15 y 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo provincial amplían la jurisdicción a cualquier clase de pretensiones, superando la concepción revisora y sus conocidas secuelas; véase D'Argenio, Inés, "El acceso a la justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en *Proceso administrativo*, t. I, dirigida por Tomás Hutchinson, cit., ps. 302 y ss., especialmente ps. 303-304.

[59] Ampliar en Cassagne, Juan C., "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", REDA nro. 32, año 11, Buenos Aires, 1999, ps. 525 y ss.

lores de la economía social de mercado y del consecuente principio de subsidiariedad.

El avance más trascendente, a nuestro juicio, radica en la consagración del principio general de la tutela judicial efectiva, el cual, como antes señalamos, se encuentra contemplado en los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica [60] que posee rango constitucional superior a las leyes [61].

1. La amplitud de la legitimación

Un primer punto entre esos avances radica en la ampliación del círculo de legitimados para acceder a la justicia, unificando el concepto de legitimación en un criterio más amplio que engloba toda suerte de intereses que le proporcione alguna ventaja o beneficio [62], para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el interés subjetivo u objetivo, siempre que concurran los requisitos de la ilegalidad y del perjuicio en un proceso concreto [63]. En esta línea, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires prescribe que toda persona que alegue "una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico" [64] posee legitimación para hacer valer sus pretensiones en el proceso contencioso-administrativo, lo cual, como ha señalado Soria "permite comprender en su ámbito de protección, con arreglo a lo dispuesto por las normas materiales aplicables, a los intereses colectivos, difusos o los derechos de incidencia colectiva" [65], sin caer en el extremo de la acción popular.

Otro círculo de nuevos legitimados para deducir acciones en el proceso administrativo es el de los asociados a las diferentes cajas profesionales [66], cu-

[60] Sobre el contenido del principio, PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en *Proceso administrativo*, t. I, cit., ps. 261-262.

[61] Art. 75, inc. 22, CN.

[62] JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", LL 2003-B-1333.

[63] Conf. ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "La interpretación judicial de la legitimación del Defensor del Pueblo", ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 29/4/04, ps. 4 y ss.

[64] Art. 13, CPCABA.

[65] SORIA, Daniel F., "Consideraciones sobre la legitimación y el procedimiento administrativo", en *Procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 468.

[66] Ver ANDREUCCI, Carlos, "El control de las personas públicas no estatales", en *Control de la Administración Pública*, cit., ps. 585 y ss.

yos actos, por configurar personas públicas no estatales, están, en una importante porción, regidos por el derecho administrativo.

No cabe duda de que el desafío más grande que traduce esta ampliación de la legitimación como aptitud para ser parte en un proceso concreto [67] consiste en que la nueva categoría de derechos de incidencia colectiva no se transforme en una suerte de acción popular [68], con un sistema de acceso a la justicia más abierto y con menos trabas que el que tienen los portadores de derechos subjetivos. En este sentido, los procesos colectivos así como las medidas cautelares dictadas en ellos están reclamando una regulación orgánica (del tipo de las acciones de clase, la representación de las asociaciones y sectores intervinientes, la introducción de la técnica del emplazamiento de los terceros eventualmente interesados en intervenir en el proceso [69] y la reglamentación de los efectos de las sentencias (*erga omnes* o *inter partes*).

Este concepto amplio de legitimación, en línea con la jurispudencia norteamericana [70] que ahora compartimos, no implica el desconocimiento de las categorías tradicionales de derecho subjetivo y del interés legítimo [71]. Significa simplemente que, a la luz de la evolución operada y los criterios de la jurisprudencia, ellas han perdido vigencia al ampliarse el círculo de legitimados y, consecuentemente, el propio concepto de legitimación para hacerlo jugar con el principio de la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, los problemas actuales del sistema procesal administrativo no se suscitan por la mayor apertura de la legitimación sino por la falta de regulación de los procesos colectivos (principalmente de la regla del emplazamiento) y de los efectos de las sentencias que anulan o suspenden actos de alcance general.

[67] Según esta clásica definición inspirada en la obra de Guasp, véase González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, p. 160.

[68] Al respecto, ver los requisitos propuestos por Rocha Pereyra para que resulte admisible la actuación del Defensor del Pueblo en sede judicial (Rocha Pereyra, Gerónimo, "La interpretación...", cit., ps. 8-10).

[69] Véase nuestro trabajo "El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general", LL 2001-E-1226, posición que comparte María Jeanneret de Pérez Cortés ("La legitimación...", cit., ps. 1352-1353).

[70] Conf. Sacristán, Estela B., "Se amplía la legitimación en el derecho norteamericano: los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral", LL 1999-E-101.

[71] El cambio de nuestra postura no responde a una razón de fondo sino a la falta de consenso doctrinario y jurisprudencial. Lo cierto es que la mayor parte de la doctrina nacional no admite la distinción clásica entre ambas categorías pese a que se fundan en la realidad, como creemos haberlo demostrado; véase *Derecho administrativo*, 7ª ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 213 y ss.

2. *La aparición y posterior evolución de un remedio extraordinario de control de constitucionalidad: el amparo*

La acción procesal de amparo nacida en forma pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema abrió una nueva puerta de acceso a la justicia para que ésta pudiera declarar la inconstitucionalidad, en un proceso breve y sumario, de los actos de la Administración que afectaren o amenazaren, con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, los derechos y garantías constitucionales del demandante, incluso cuando se trate de normas de alcance general [72].

Pero el proceso de amparo, instituido como un proceso extraordinario, pronto se convirtió en un remedio ordinario [73] comúnmente utilizado por los ciudadanos y empresas desarrollando hasta tal punto —incluso en el campo de las medidas cautelares— sus posibilidades de aplicación que es susceptible de producir el desequilibrio de todo el sistema procesal.

Entre los problemas que plantea la generalización de esta especie procesal pueden señalarse: a) el derivado del principio que reconoce el control difuso de constitucionalidad según el cual un juez federal de primera instancia, de cualquier circunscripción, puede ser competente para entender si los efectos del acto lesivo se producen en el ámbito territorial de su jurisdicción, lo que amplía su competencia para decretar —por ejemplo— la suspensión de un decreto de alcance general, ya sea mediante el dictado de una medida cautelar o de la sentencia estimatoria en una acción de amparo y b) la interpretación que concede legitimación a cualquier habitante sin estar directamente afectado en sus derechos con fundamento en el art. 43, CN [74], lo cual transforma al amparo en una suerte de acción popular.

3. *El agotamiento de la vía administrativa y la reclamación administrativa previa*

Otro avance trascendente que se advierte en el contencioso-administrativo

[72] Véase BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, ps. 226 y ss. Esta interpretación, que suponía la inconstitucionalidad del inc. d) del art. 2 de la ley 16.986 sustentada en precedentes anteriores de la Corte Suprema (casos "Outón" y "Mate Larangueira") se afirma, incuestionablemente, luego de la reforma constitucional de 1994, cuyo art. 43 no establece cortapisa alguna a la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de leyes o de reglamentos en los procesos de amparo.

[73] Como lo advierte GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, en el libro *Medidas cautelares*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 113-114.

[74] Un buen análisis de este problema ha hecho BARRA, Rodolfo C. en "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", LL 1994-E-1087 y ss.

provincial [75] es la declinación de la regla del agotamiento de la vía administrativa como condición para acceder a la justicia.

Esa línea ha sido adoptada por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 [76] mediante un principio de carácter operativo que no puede ser desnaturalizado por la ley, como lo hace el actual Código [77].

Por lo demás, se admite que dicha regla carece de sentido en las acciones declarativas en las que la pretensión principal del accionante procura hacer cesar una situación o estado de incertidumbre en el que el acto previo denegatorio no es una condición necesaria ni suficiente para el acceso a esta clase de acciones pues, de existir, no se configuraría la situación de incertidumbre.

Finalmente, hay que anotar, sin embargo, dos grandes retrocesos en el procedimiento que rige el reclamo administrativo previo. El primero, a raíz de la eliminación del precepto que permitía acceder a la justicia directamente, sin necesidad de articular un reclamo administrativo previo en varios supuestos, especialmente "cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento transformando el reclamo previo en un trámite inútil" (inc. e], ex art 32, LNPA, texto según ley 25.344). Es evidente que, como ha anotado Perrino, esto implica una quiebra de las "modernas tendencias que predican la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia" [78].

[75] Un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema nacional (que rectificó la doctrina que sostenía que para considerar agotada la vía administrativa era necesario interponer un recurso de revocatoria) puede verse en el comentario hecho por ABERASTURY, Pedro, al fallo "Sacoar" de octubre de 1988, que tituló "El recurso de revocatoria y el agotamiento de la vía administrativa", REDA nro. 1, Buenos Aires, 1989, p. 140. Apunta este autor (con referencia a los textos constitucionales anteriores a la reforma de 1994) que "el juego de los arts. 18 y 100 de la Constitución Nacional, también requiere, como parte de la garantía de la defensa en juicio, que el acceso a la instancia judicial sea simple, rápido y eficaz. Sin control o con un control que en los hechos deviene inexistente, no podrá consolidarse el sistema democrático y sin éste se desconocerá la prohibición expresa prevista en el art. 95 de la Constitución Nacional, que veda al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales" (ABERASTURY, Pedro, "El recurso...", cit., p. 146).

[76] Art. 166, *in fine*, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que prescribe: "Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso-administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".

[77] En efecto, el art. 14 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (texto según ley 13.101) invierte la regla establecida en el art. 166 de la Constitución provincial y establece, como principio general, salvo los casos taxativamente prescriptos en la norma, la necesidad de agotar la vía administrativa. Es obvio que se trata de un precepto inconstitucional.

[78] Conf. PERRINO, Pablo E., "La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344", REDA, año 13, Buenos Aires, 2001, ps. 407 y ss.

El segundo se encuentra en el hecho de haber prescripto plazos de caducidad [79] para acudir a la instancia judicial cuando se produce la denegatoria por silencio en el reclamo administrativo previo pues, aunque la norma diga "sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción", impone al particular la carga de demandar judicialmente dentro de los plazos previstos en el art. 25 con lo que la ilegitimidad de los respectivos actos, una vez vencidos los plazos de caducidad, sólo podría ser alegada como defensa. Consideramos, por los fundamentos que señalamos en el texto, que esta norma debe reputarse inconstitucional por afectar el derecho a la tutela judicial efectiva [80] y cercenar, en rigor, el acceso a la justicia. Por lo demás, la reforma legislativa que criticamos no puede nunca basarse en una situación de emergencia que sólo se justifica cuando se comprimen transitoriamente los derechos de los particulares por razones de necesidad pública y no para bloquear el ejercicio de derechos constitucionales que hacen a la garantía de la defensa (art. 18, CN) como parte esencial de la efectividad de la tutela judicial.

V. Conclusiones

En suma, si bien no se pueden desconocer los avances operados en el sistema procesal de acceso a la justicia administrativa no dejan de advertirse nuevas tensiones en la medida en que el grado de apertura de los procesos conduzca a la prevalencia absoluta de unos valores sobre otros en vez de procurar su interrelación y coherencia para la seguridad jurídica así como la armonía entre los intereses públicos y los privados.

De continuar la tendencia actual, el riesgo es que prevalezcan la justicia objetiva sobre la subjetiva, el interés del usuario sobre el interés público (que representa el interés del conjunto y el de las generaciones futuras), los plazos de caducidad sobre la tutela judicial efectiva, la judicialización de la política pueda afectar la eficacia y eficiencia de la justicia y, por último, que el control difuso siga impidiendo el control concentrado de la legalidad administrativa.

Somos conscientes de que no es fácil resolver estas tensiones de un modo absoluto y menos acudiendo a fórmulas foráneas, sin la necesaria adaptación a nuestra realidad. Pero, quizás, en la reglamentación del acceso a los procesos colectivos y en la concentración de la jurisdicción, para que controle la constitucionalidad y la legalidad de la actuación de la Administración con amplitud de debate y prueba, atenuando la regla del agotamiento de la vía administrativa (o bien, reemplazándola por la reclamación administrativa previa como úni-

[79] Art. 31, LNPA, texto según ley 25.344.

[80] En el mismo sentido, García Pullés, Fernando, *op. cit.*, t. I, p. 526.

ca condición de acceso a la justicia) y eliminando los plazos de caducidad, se encuentran las claves para solucionar los problemas existentes.

Todo ello, claro está, sin mengua del principio *pro actione* [81] para acceder a la jurisdicción ni de la amplitud de la legitimación para ser parte en los procesos concretos ni de los principios que hacen a la tutela judicial efectiva para que, a través de jueces independientes e imparciales [82], pueda cumplirse el objetivo constitucional de afianzar la justicia.

[81] Conf. Botassi, Carlos A., "Habilitación de instancia y derechos humanos", en el comentario al caso "Palacios", LL 2000-F-594.

[82] Sarmiento García, Jorge H., "Introducción al procedimiento y al proceso administrativo", en *Protección del administrado*, cit., p. 39, afirma que la independencia del juez significa que éste no se encuentra sujeto a órdenes (de ningún otro poder del Estado) y la imparcialidad "que no sacrifica la voluntad de justicia a ninguna otra consideración".

CAPÍTULO II

LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

por DAISY L. BARÓ*

1. ¿Qué significa la profesionalización de la Administración Pública? Considerada desde un punto de vista personal supone, a diferencia del caso del simple aficionado, el ejercicio habitual —en ese ámbito— de una actividad, empleo o trabajo retribuido, es decir, como medio de vida, al que el interesado vuelca sus conocimientos y experiencia, los que a su vez tienden a acrecentarse con tal ejercicio y el transcurso del tiempo.

Desde el punto de vista del interés público en juego propende, además, a que las organizaciones administrativas del Estado cuenten con cuerpos de agentes debidamente capacitados, experimentados y adiestrados para el eficaz cumplimiento de los fines propios de aquéllos.

Por lo demás, en ambos casos, ello aparece lógicamente ligado a una idea de continuidad en el ejercicio de la función.

2. El interés por el tema no es nuevo. Basta recordar al efecto, entre otros antecedentes, la idea de Napoleón Bonaparte de crear un conjunto de grandes cuerpos jerarquizados civiles y permanentes del Estado, de modo análogo a como estaban organizadas las carreras militares, lo que luego habrá de materializarse, en Francia, en un sistema de función pública basado en general en el mérito y la capacidad para el ingreso o la promoción, la permanencia en el empleo, la igualdad de oportunidades, la capacitación y la carrera, que llevó a la formación de un funcionariado de un reconocido nivel de excelencia.

Pero si bien el interés por contar con agentes idóneos no es nuevo, aun cuando se haya tratado de estados de diferente signo político, el problema que sigue preocupando en la actualidad, y que ha dado lugar a respuestas diferentes

* Profesora de la Carrera de Especialización en derecho administrativo y Administación Pública, Facultad de Derecho, UBA.

en el derecho comparado, está referido a las distintas modalidades que pueden revestir los regímenes del personal estatal y la elección de aquellas que mejor respondan a la necesidad del eficaz cumplimiento de los fines del Estado.

Por lo demás, resulta evidente, ante la creciente complejidad de la actividad estatal, producto de cambios o desarrollos en el terreno social, económico, tecnológico, científico, cultural, de las relaciones internacionales, etc., cuya problemática el Estado debe normalmente atender, en mayor o menor medida, que hoy no puede afirmarse, como lo hiciera el presidente estadounidense Jackson a principios del siglo XIX, que "los trabajos confiados a los agentes del Estado son tan fáciles que todo hombre inteligente puede adaptarse a ellos sin demora" [1]. Por el contrario, en la actualidad la función pública requiere numerosas y crecientes especializaciones —sin mengua de la consideración de aspectos referidos a la cultura general—, de diferentes grados de profundidad o nivel técnico o científico; muchas de ellas propias del ámbito estatal y otras que tienen semejanzas con las que se requieren en el sector privado (aunque, a nuestro entender, los requisitos necesarios para el normal y eficaz ejercicio de la función pública difieren, en general y en distinta medida, según el caso, de los que a similar efecto interesan en la actividad privada).

El tema de la profesionalización de la Administración Pública es, por lo demás, muy completo, especialmente si se lo relaciona con ciertas cuestiones implícitas o estrechamente ligadas a éste. Así, la mentada profesionalización no puede desconectarse de la previa fijación de los objetivos políticos, de gobierno o administrativos a cuyo cumplimiento aquélla está destinada a servir, y de la consecuente implementación de las estructuras orgánicas correspondientes, la clasificación de funciones para el cumplimiento de tales objetivos y la determinación de los perfiles profesionales o requisitos necesarios para el eficaz cumpliento de dichas funciones, así como también de los métodos de selección del personal. Además, tal profesionalización se relaciona con la carrera, la capacitación, la estabilidad, una buena administración de personal, la movilidad, la oportuna previsión de nuevos requerimientos profesionales para dar adecuada respuesta a nacientes o nuevas necesidades de la sociedad, los controles para garantizar el buen funcionamiento del sistema, los incentivos al personal y el adecuado aprovechamiento del capital humano, etc., aspectos que interesan en forma directa al Derecho y a la denominada Ciencia de la Administración.

Obviamente, y al margen de esta indicación sobre las implicaciones del tema de la profesionalización de la Administración Pública, no hemos de referirnos concretamente o en profundidad, en esta breve exposición, a todas esas cuestiones. Sólo pretendemos hacer hincapié en un aspecto a nuestro juicio central: el

[1] Sobre el funcionariado, en los Estados Unidos, ver PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1994, p. 385.

de la estabilidad del agente público; enfoque que adquiere especial interés frente a cierta tendencia actual a "privatizar" en alguna o distinta medida, según el país de que se trate, los regímenes de los agentes del Estado, lo que sustancialmente se traduce en la pérdida del derecho a la estabilidad, con lo que habitualmente se atempera el rigor de la selección para el ingreso y se facilita la baja de agentes a través del pago de indemnizaciones (según nuestro Derecho) que inciden sobre el erario público.

3. El reconocimiento de tal derecho a la estabilidad a nivel constitucional (art. 14 bis) es, en nuestro país, producto de la reforma de 1957 de la Constitución Nacional, como todos sabemos, y junto con los requisitos de igualdad e idoneidad (art. 16, CN), constituye principio básico de los regímenes del empleado público, aunque admite, dentro de un marco de interpretación estricta y como todos los derechos constitucionales, tal como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, razonables limitaciones legales.

El derecho a la estabilidad constituye, por lo demás, un aspecto central del régimen del grueso de los empleados del Estado. En efecto, y obviamente, la estabilidad condiciona con mayor rigor los requisitos para el ingreso y la promoción. Se relaciona, además, como derivados naturales o implícitos, con la carrera y la capacitación; y también con las causales de egreso, entre ellas las derivadas de la aplicación del régimen disciplinario como consecuencia del incumplimiento de deberes por parte del agente; y los mecanismos procedimentales, procesales o de otra índole para garantizar al agente el respeto a su derecho; entre otros aspectos.

Por otra parte, entendemos que la "profesionalización de la Administración Pública" está, de acuerdo con los caracteres que le hemos atribuido, estrechamente ligada a tal estabilidad, aunque sea de hecho, como puede acontecer, por imperio de las circunstancias o de la necesidad, en sistemas normativos que no la reconocen formalmente como derecho del agente. Más aún, tal vez uno de los problemas actuales sea, al menos en nuestro medio, el de cómo garantizar, en relación con el personal de conducción superior, político o de confianza, sin derecho a la estabilidad y comúnmente elegido de modo más o menos discrecional, que éste tenga, al margen de que su currículo pueda revelar ponderables conocimientos teóricos, experiencia y conocimientos prácticos sobre la realidad, a menudo compleja, sobre la que deberá actuar. La pregunta aquí latente es cómo evitar la improvisación o que el funcionario no se "profesionalice" de algún modo en su específica tarea (con la dosis de experiencia práctica que esto supone) mucho antes de que, por la transitoriedad de sus funciones y el arribo del recambio habitual, deba cesar en su cargo.

4. Sin embargo, el derecho a la estabilidad del empleado público tiene sus detractores. A veces, con argumentos superficiales o interesados, y otras, con consideraciones negativas de alguna manera ciertas, las que con espíritu no dogmático deben ser tomadas en cuenta para encontrar equilibradamente la

mejor solución posible, ponderando también los aspectos positivos de tal estabilidad.

En aquel sentido se dice que el derecho a la estabilidad del empleado público constituye un privilegio frente a los empleados del sector privado, especialmente en épocas en que éste sufre los efectos de una gran desocupación; la rigidez del sistema de estabilidad es una traba para la adaptación de la Administración Pública a las cambiantes necesidades sociales que exigen una adecuada respuesta del Estado; conduce a producir un exceso de personal; fomenta el espíritu corporativo y conservador de una burocracia que tiende a autoprotegerse y a desconfiar de las reformas que se proyecten, oponiendo resistencia. Por otra parte, también se sostiene que el sistema de estabilidad supone una intervención más directa del Estado en la formación y capacitación de sus agentes, lo que implica un costo que podría obviarse con una más libre elección de personal en el mercado laboral; y que no facilita una mayor compenetración con las políticas del gobierno de turno.

En sentido contrario, se argumenta hoy en día, o puede argumentarse que resulta evidente, especialmente atendiendo a la creciente complejidad de las funciones del Estado, que los cambios políticos deben producirse con el engarce y apoyo de un funcionariado profesional y estable que le sirva de leal asistencia a los sucesivos equipos gobernantes, y con al menos cierta neutralidad política; se necesita un cuerpo permanente que sea portador de la necesaria memoria institucional para asegurar una razonable coherencia y continuidad en el manejo de la cosa pública; y que el requerimiento de la estabilidad tampoco resulta ajeno a las empresas privadas, especialmente cuando se trata de grandes organizaciones. En este sentido, Ramón Parada, en su examen de los denominados sistemas cerrados (basados, con distintas variantes según el país de que se trate, en la estabilidad y la carrera) y abiertos (que se aproximan al derecho laboral común) de función pública, señala el caso de Japón [2], en el que, paradójicamente, la pretendida eficacia que se busca alterando de raíz el sistema de carrera y estabilidad no concuerda con lo que ocurre en sus organizaciones privadas más competitivas a escala mundial, y cuyos éxitos se atribuyen precisamente a la incorporación de técnicas presentes en las carreras administrativas de países europeos y que, en algunos casos, hoy se tiende a abandonar en éstos. También recuerda el citado autor ciertas experiencias históricas de sistemas abiertos de función pública y sus resultados negativos en cuanto al bajo nivel profesional del personal, sujeto a periódicos movimientos de ingreso y egreso. Tal el caso del denominado *spoil system* o de "botín", que se aplicó en EE.UU. después de la declaración de su independencia, basado en el favoritismo o clientelismo político (se suponía que los cargos eran para el vencedor de la contienda política), que provocó a este respecto una generalizada corrupción, que recién comenzó a revertirse, en parte, tras el del dictado de la Pendleton Act en 1883, por la que

[2] PARADA, Ramón, *Derecho...*, cit., ps. 376-378.

se creó la Civil Service Commission. En definitiva, y según el mismo autor, si bien el sistema norteamericano sigue conteniendo pautas de los sistemas abiertos, ello ha sido atemperado luego de la sanción de la Civil Service Reform Act en 1978, lo que ha implicado, en alguna medida, un cambio de rumbo hacia un sistema cerrado de función pública, con la creación de una verdadera carrera o cuerpo estable de funcionarios *directivos*, a fin de disponer siempre, al respecto, de personas capacitadas y con neutralidad política que aseguren la continuidad de la Administración. También ha señalado Ramón Parada que de la baja formación profesional del funcionario norteamericano, comparada con la de los europeos, ha sido responsable la creencia típica de los sistemas de función pública abierta sobre de la innecesariedad de una formación específica para ser funcionario, considerando suficiente para el servicio a la Administración la instrucción adquirida en el sistema educativo general, la experiencia en las empresas privadas y los cursos de perfeccionamiento. Mas frente a esta confianza en el sistema educativo general y la experiencia en otras organizaciones, "va tomando cuerpo la convicción de que la creación de un West Point para la selección y formación previa de sus funcionarios es una asignatura pendiente de la Administración norteamericana" [3].

Desde otro punto de vista, no debe olvidarse que el no reconocimiento del derecho a la estabilidad del agente público, aparte de que pueda resultar un camino que facilite en alguna medida la preeminencia de intereses partidarios sobre los generales, el "amiguismo" o el nepotismo, es propenso a la sumisión al gobernante de turno (lo que no debe confundirse, obviamente, con la "obediencia debida" y sus limitaciones jurídicas, ni con el deber de lealtad al orden institucional en un Estado de Derecho), de lo cual la historia ofrece lamentables ejemplos, especialmente en países de gobiernos totalitarios, en los que la permanencia en los cargos, o aun la propia libertad personal de los agentes, se ha encontrado condicionada por aquella sumisión.

Por otra parte, surge del debate de la Convención Reformadora de la Constitución Nacional, de 1957, que ésta no solamente tuvo el propósito, ensamblándose a un proceso de constitucionalismo social entonces en marcha en el campo del derecho comparado, de valorizar el trabajo y reconocer derechos esenciales de los trabajadores, sino también y fundamentalmente, en lo que se refiere a la estabilidad en el empleo público, de sentar la base de una adecuada "profesionalización" de la Administración pública, acorde con principios democráticos y republicanos, y con miras a la más eficiente atención de los intereses públicos en juego. Claro está que de la intención al hecho a veces han existido brechas más o menos profundas, y lo mismo podría decirse en relación con los cuerpos estatutarios contemporáneos o posteriores a tal reforma que, aunque perfectibles, no han podido ni pueden considerarse, en términos generales y for-

[3] PARADA, Ramón, *Derecho...*, cit., ps. 371 y ss., especialmente ps. 385 y ss.

malmente, carentes de bondades, en cuanto han pretendido concretar los propósitos de los constituyentes. Y tal vez el problema fundamental respecto del tema que nos ocupa sea, precisamente, la existencia de esas brechas.

En cuanto a otras críticas formuladas respecto del derecho a la estabilidad, ya señaladas anteriormente, entendemos, en primer término, que la consideración de que aquél constituye, sin más, un privilegio de los agentes públicos (lo que llevaría a contemplar, inclusive, la necesidad de una reforma constitucional en nuestro país) es por sí sola, o en tanto el sistema funcione normalmente, una afirmación superficial que no atiende a su significado integral, que va mucho más allá de lo que tal derecho representa a título personal para los agentes, como resulta de lo expuesto anteriormente. Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que —a modo de compensación— el ejercicio de la función pública supone también, en general, en razón de los intereses públicos en juego, mayores deberes y responsabilidades que los de los empleados del sector privado, aun en el terreno penal. Además, en relación con el problema del desempleo antes mencionado, parece obvio, sin perjuicio de que la dotación de personal del Estado deba necesariamente ajustarse a sus reales necesidades (tema de responsabilidad de los órganos políticos), que aquél sólo puede combatirse fomentando la creación de nuevas fuentes de trabajo.

En otro orden de ideas, opinamos que cabe admitir, al menos en alguna medida, que la estabilidad fomenta el espíritu corporativo y conservador de una burocracia que tiende a autoprotegerse resistiendo las reformas de interés público o conveniencia administrativa que de algún modo la afecten. Pero al margen del problema de cómo se puede prescindir hoy en día de un cuerpo profesional estable que sirva de apoyo a los sucesivos equipos gobernantes, debe tenerse presente que esa resistencia a determinadas innovaciones necesarias no es un fenómeno exclusivo de la esfera estatal y se da habitualmente en todos los ámbitos y grupos sociales, aun privados, cuando se proyectan o se dictan medidas que afectan a sus integrantes, aunque resulten necesarias y lícitas. Y en definitiva, corresponde que del arte o de la pericia del dirigente o gobernante que debe afrontar la problemática, surjan imaginativa y creativamente los caminos menos traumáticos, dentro del marco de la legitimidad, para adoptar los cambios que deban realizarse.

Por lo demás, no descartamos que, como acontece aún en los sistemas cerrados de función pública y también en nuestro país, que el régimen de estabilidad deba tener cierta flexibilidad para que se pueda dar adecuada respuesta a las cambiantes necesidades sociales o ante situaciones de excepción, siempre y cuando las causas y los fines que se invoquen para apartarse de tal régimen sean *reales* (lo que a veces suele no acontecer) y sin que ello implique justificar la imprevisión.

Asimismo, y siempre con referencia a las críticas, ya puntualizadas, que se han hecho al sistema que consagra el derecho a la estabilidad, debemos admitir

que la intervención del Estado en la formación —según el caso— y en la capacitación de sus agentes implica un costo, mas nos resulta hoy impensable en todo supuesto, si lo que se pretende —como es necesario y natural— es el máximo de idoneidad de los agentes para el mejor y eficaz cumplimiento de los objetivos del Estado, que éste pueda desentenderse y dejar de intervenir activamente al respecto. Ello, a través de la programación de las tareas de capacitación necesarias según los requerimientos de los servicios, los controles pertinentes para que los agentes cumplan con su deber de capacitación, el dictado de diversos cursos e inclusive la formación profesional de determinados grupos para que puedan acceder, en su caso, a complejas y específicas funciones del Estado; todo lo cual no descarta la procedencia de valorar, coordinar o aprovechar todos los medios de capacitación (inclusive a través de la experiencia en la actividad privada) existentes en cualquier ámbito.

En otro orden de ideas, corresponde recalcar que el derecho a la estabilidad se inserta en un engranaje interconectado en el que todas las piezas deben funcionar normal y armónicamente. Así, no debe fallar la adecuada y justa selección para el ingreso y la promoción, de modo acorde con los principios de legalidad, igualdad e idoneidad; el cumplimiento de los objetivos del período de prueba —aspecto esencial que no siempre ha sido efectivamente tenido en cuenta—; el ajuste de las estructuras orgánicas a las reales necesidades de los organismos estatales, y la inteligente y honesta previsión de posibles cambios en ésta en un futuro más o menos inmediato, para hacer frente a nuevos requerimientos, o para cubrir, con la consiguiente movilidad de personal, la carencia de ciertos sectores con los excedentes de otros; el control y seguimiento de la necesaria capacitación de los agentes en función de los intereses presentes o futuros de los servicios, y, sobre todo, el efectivo cumplimiento de las normas y fines atinentes al sistema de carrera, incentivo fundamental, entre otros, para una mayor dedicación y empeño de parte de los agentes, con el consiguiente beneficio de los intereses públicos en juego, etc. Ahora bien, afirmar que todo esto se ha cumplido siempre o en la medida de lo necesario en nuestro medio, a partir de la reforma constitucional de 1957, sería no ajustarse a la realidad. Más aún, las omisiones al respecto, especialmente a raíz de diversas y prolongadas suspensiones de la aplicación de los regímenes de concurso, dejaron un cauce abierto para mantener en grandes sectores estatales una amplia discrecionalidad para la designación y promoción de los agentes, lo que si bien no ha implicado prescindir totalmente, o en todo caso, de la idoneidad de los postulantes (puesto que los gobernantes tienen también interés en contar con personal eficiente que les sirva de apoyo), ha posibilitado en mayor o en menor medida la reincidencia en viejos vicios, corruptelas o defectos culturales: la prevalencia del compromiso político, el "amiguismo" o el nepotismo, muchas veces causantes de un periódico e innecesario agrandamiento de la organización estatal, cuya también periódica e imprescindible reversión siempre ha implicado un considerable costo en sucesivas indemnizaciones para

el Estado; de todo lo cual no ha resultado el escenario más adecuado para la mejor profesionalización de la función pública, aparte de no ser acorde con principios constitucionales y lesionar abiertamente el principio de igualdad de oportunidades para el acceso a la función pública.

Por otra parte, las medidas de distinta índole y de carácter general a las que se hace referencia precedentemente, dictadas a fin de producir ineludibles periódicas disminuciones de los planteles de empleados públicos, tales como las famosas leyes de prescindibilidad, que brindaban a los órganos competentes una excesiva discrecionalidad para dar de baja a los agentes con actos carentes de motivación suficiente y, por ende, de un modo proclive a la arbitrariedad; o, entre otras, las decisiones de intimar indiscriminadamente, es decir, sin selección previa alguna, a todos los agentes en condiciones de jubilarse, a iniciar el trámite pertinente para su oportuno egreso, no siempre fueron las mejores para la necesaria preservación de la imparcialidad ni de capitales humanos ponderables por su capacitación, atributos personales y eficacia en el ejercicio de la función pública.

Una consideración especial merece, aunque dentro de las limitaciones propias de esta exposición, el tema del personal sujeto a contratos especiales (sin derecho a la estabilidad), que de modo sugestivo comenzaron a proliferar dentro de la Administración nacional, precisamente a partir del dictado del Estatuto aprobado por decreto ley 6666/1957, que reconocía ampliamente el derecho a la estabilidad, aunque excluía de su ámbito (conf. art. 2°, inc. i]) al personal sujeto a contratos especiales, sin hacer referencia al régimen de estos últimos. En doctrina se ha señalado, no sin razón a nuestro juicio, que tal proliferación de personal contratado ha significado en el hecho un fraude para obviar la estabilidad [4] y a nuestro entender, prescindir también de las mayores exigencias de los mecanismos de selección que supone el ingreso según el régimen de estabilidad, con los consiguientes abusos a que esto ha podido dar lugar. Tratando de poner coto a estas situaciones, el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, aprobado por la ley 22.140, incorporó a su texto, con resultados no muy efectivos en la práctica, una regulación tendiente a determinar y a restringir las funciones que podían asignarse excepcionalmente al personal sujeto a contratos especiales, estableciendo, al igual que en otros supuestos de personal transitorio, que fueran ajenas a las que podían ser cumplidas por el personal permanente. Por su parte, la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (25.164) contiene normas similares, además de prever una limitación porcentual de personal contratado (conf. art. 9° de su anexo); y, por lo demás, su reglamentación (aprobada por decreto 1421/2002) establece mayores pautas para la determinación de las

[4] Conf. De la Fuente, Horacio H., "Estabilidad del empleado público. Situación del personal contratado", LL 2001-D-911; Gentile, Jorge H., "Los contratados: otro fraude a la estabilidad del empleado público", ED 118-923.

funciones transitorias asignables, los requisitos personales que deben acreditar previamente los postulantes, entre otras medidas que tiendan a facilitar el control del cumplimiento de las exigencias aludidas, complementadas por normas reglamentarias de la Subsecretaría de Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, dictadas más o menos recientemente. Y dependerá de la eficacia de tal control que no subsista lo que, al amparo de la ficción, se ha dado en innumerables casos, pese a las restricciones que incorporó en su momento el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública: que gran número de agentes sujeto a contratos especiales estuviera lisa y llanamente destinado al cumplimiento de funciones propias del personal permanente e inclusive relativas a cargos eliminados anteriormente con motivo de reestructuraciones de la organización administrativa.

5. Desde otro punto de vista, debemos reconocer, aunque no compartamos totalmente algunos aspectos de éste, que el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (decreto 993/1991 y normas modificatorias o complementarias) instituido en el ámbito de la Administración Pública Nacional, ha significado en el hecho un avance ponderable en el camino hacia la adecuada profesionalización de la función pública en cuanto se refiere especialmente a la efectividad de los mecanismos de selección, la carrera y la capacitación, sirviendo de contención a las "evasivas" que, de cualquier manera, y aun en los mejores regímenes, suelen escurrirse a través de sus intersticios, como las no tan infrecuentes medidas de excepción, "por esta única vez", que pueden no obedecer siempre a causas reales que justifiquen tal excepción.

6. Hemos procurado transmitir impresiones basadas fundamentalmente en la experiencia que hemos recogido a través de un largo ejercicio de la función pública en la Administración nacional, es decir, en cierto modo, a través de una visión desde lo interno de ésta y nuestra conclusión es que la estabilidad del empleado público, aparte del beneficio social que representa para un amplio sector de trabajadores, es fundamentalmente y en relación con los intereses públicos en juego, un requisito esencial para la adecuada profesionalización de la función pública, que en el ámbito estatal debe mantenerse con el rigor que supone su expreso reconocimiento como derecho del agente. Ello, claro está, sin dejar de reconocer que aquélla admite razonables limitaciones, siempre y cuando existan causas *reales* y *fundadas* al efecto. Por lo demás, debemos recalcar nuevamente que los beneficios de la estabilidad dependen esencialmente del cumplimiento de las exigencias del engranaje en el que ésta se inserta y al que hemos hecho referencia anteriormente. Asimismo entendemos, y esto resulta esencial a nuestro juicio, que las críticas al sistema en cuestión deben apuntar, en la medida que corresponda y según la realidad histórica, más a los órganos políticos, de gobierno o directivos responsables de su adecuada implementación, control o ejecución, que a sus destinatarios o beneficiarios directos, si se pretende profundizar el análisis del tema.

7. Por último, debemos aclarar que no compartimos, en alguna o gran medida, y especialmente en lo que se refiere al personal de carrera, el concepto que el imaginario popular de nuestro país suele tener, con excesiva generalización, de la denominada "burocracia" estatal, del cual resultaría, en términos absolutos, que todos sus agentes son inútiles, holgazanes o corruptos. Al respecto, y sin descartar que algunos casos puedan responder a tales características, como acontece en todo medio social, entendemos que aquel concepto está imbuido también de una alta dosis de prejuicio y podemos afirmar que, a través de nuestra ya pasada larga actuación en la función pública, hemos conocido a muchísimos funcionarios o empleador probos, capaces y con auténtica vocación de servicio, que merecen un sentido reconocimiento, rescatándolos del olvido.

En definitiva, en el tema que nos ocupa como en otro, lo mejor se construye no haciendo caso omiso de las críticas fundadas, pero no dejando de valorar, equilibradamente, los aspectos positivos que a ese fin suelen existir.

LA CAPACITACIÓN ADMINISTRATIVA

por LUIZ PERÉZ COLMAN*

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la capacitación de los agentes públicos en el ámbito de la Facultad de Derecho y en el estrecho margen acordado justifica limitarlo a una síntesis del régimen legal en todo lo directa o indirectamente relacionado al tema, con sus antecedentes más destacados y experiencias principales en el orden nacional. En cuanto a propuestas, cabe dirigirlas a las orientaciones que estimamos más urgentes y necesarias para los tiempos presentes.

El proceso de intensa evolución y transformación a que se hallan sujetos constantemente los aparatos administrativos, en especial en Latinoamérica, obligan a tentar asistencias sucesivas a su personal. Tal necesidad se agudiza en el país por la emergencia permanente que gravita sobre la caja pública desde 1952 que, salvo algunos respiros, golpea fuerte a las acciones estatales ordenadas.

Queda entonces para un estudio mayor completar el detalle de la evolución del cuadro normativo, comprendiendo también las áreas provinciales y municipales, las carreras, currículas y contenidos de las disciplinas estimables, niveles de exigencia y todo cuanto más atañe a los obvios planes que se establezcan.

II. ACTIVIDADES PRINCIPALES ACTUALES EN CAPACITACIÓN ADMINISTRATIVA

Razones expositivas justifican introducir, en primer término, el detalle de las actividades que se cumplen a efectos de poder valorar su cuadro general antes de entrar en temas particulares y ciertos puntos de vista.

En ese camino queremos separar, inicialmente, las que corresponden a formaciones de posgrado de graduados universitarios del conjunto general, dada la dirección de esta labor académica.

* Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo, Administración Pública, Facultad de Derecho, UBA.

1. Capacitación por especialidades profesionales

La capacitación por especialidades profesionales de la administración civil del Estado tuvo su primera expresión en los cursos del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) para reclutamiento de integrantes del servicio exterior.

La expresión orgánica siguiente ha sido la creación de la carrera de Administradores Gubernamentales establecida por el dec. 2098/1985. Ésta está atribuida al Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP).

Otra trascendente iniciativa es la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) establecida por el dec. 754/1994. Depende de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) y está orientada con exclusividad a la capacitación de integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado (ley 12.954) y formación de graduados en abogacía con interés en incorporarse al mismo fuera de la búsqueda general de perfeccionamientos y mayores conocimientos. Su plan de estudios principal ha sido el desarrollo de la Maestría en Abogacía del Estado —ahora Curso Básico—, que ha cumplido además una profusa actividad académica complementaria a través de jornadas, simposios y talleres.

La última orientación profesional abarca a los Economistas de Gobierno, carrera fijada por el dec. 1921/1994 y D.A. 202/1995. Está creada como Agrupamiento Especializado del SINAPA.

Complementan ese nivel de capacitación profesional la que cumplen dentro de sus plantas propias de personal o vinculadas a sus sistemas de control la SIGEN y la CGN.

Fuera de este cuadro institucional principal, son citables dos antecedentes importantes. El primero, antes de la creación del INAP, siguiendo los principios de la reforma administrativa mexicana y de otros países latinoamericanos, fue dirigido por la Presidencia de la Nación al poner en ejecución, en 1967, el plan de ordenamiento y transformación de la Administración Pública. Esa actividad se cumplió con cursos residenciales realizados en el Hindú Club y otros, no residenciales, en la Facultad de Ciencias Económicas (Aula Magna) de la UBA. Los planes poseían una currícula de capacitación general para funcionarios de nivel superior. Estos cursos cesaron al estructurarse el INAP.

El otro antecedente importante proviene del Rectorado de la UBA. Los cursos eran cortos y estaban dirigidos a agentes públicos de nivel medio actuantes en servicios especiales, en particular, en los de Mesas en Entradas y Notificaciones, atención al público y archivos. Se realizaron en el Aula Magna de la Facultad de Filosofía debido a la enorme participación que concitaron.

2. Sistema Nacional de Capacitación

La instauración del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA) mediante el dec. 993/1991 (ahora t.o. 1995) determinó el deber de cumplir con las exigencias de capacitación que éste imponía.

2.1. Disposiciones reglamentarias vigentes

De acuerdo con la metodología expuesta se proceden a detallar los actos normativos principales:

a) Res. Secretaría de la Función Pública (SFP) 42/1994. Aprueba las exigencias de capacitación dispuestas por el art. 56 del Anexo I del SINAPA. Es modificada o complementada por las Res. SFP 248/1995, 66/1999 (158/2000) y 12/2000.
b) Res. SFP 105/1994. Aprueba el Sistema Nacional de Capacitación.
c) Res. INAP 107/2000. Aprueba un Nuevo Ordenamiento del Sistema Nacional de Capacitación.
d) Res. Secretaría de Modernización del Estado (SME) 71/2001. La Secretaría de Modernización del Estado (SME) de la Jefatura de Gabinete de Ministros que continúa las funciones de la ex Secretaría de la Función Pública establece normas y plazos.
e) Res. Subsecretaría de Gestión Pública (SGP) 2/2002. La Subsecretaría de Gestión Pública (SGP) de la Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM), según estructura aprobada por los decs. 889/2001 y 78/2002, introduce modificaciones a las exigencias de capacitación.
f) Res. SGP 34/2003. Modifica varias disposiciones de la Res. SGP 2/2002.

El detalle anterior obvia algunas regulaciones que perdieron valor sustancial a fin de enfatizar y ordenar las normas principalmente vigentes.

2.2. Plan de las exigencias

El plan dominante comprende los siguientes campos de exigencias de capacitación:

a) Programa de Alta Gerencia Técnica.
b) Programa de Formación Superior.
c) Programa de Profundización Científico Técnica.
d) Programa de Entrenamiento Laboral.

Los tres primeros cuentan con un ciclo de nivelación y otro de actualización permanente y están dirigidos, según planes, a los niveles superiores y técnicos del SINAPA. El de entrenamiento laboral abarca a los demás niveles pudiendo imponerse niveles obligatorios de competencias, conocimientos y habilidades con recaudos varios.

III. Antecedentes generales vinculados con el régimen de la función pública y la capacitación

Lo anterior podría ser suficiente para conocer, sintéticamente, el régimen actual de capacitación al que se ha arribado al cabo de un largo proceso. Pero un análisis legal con esta simple base sería vacuo o abstracto si no se justificara la necesidad de esta capacitación ni se analizara su desarrollo precedente y los demás sistemas que gravitan sobre la actividad de la administración civil.

En esa orientación cabe destacar:

III.1. La capacitación de los funcionarios públicos se inicia históricamente, con la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Es una necesidad ante las nuevas funciones del Estado de Bienestar que por aquel entonces incluía hasta la prestación de servicios públicos comerciales e industriales por empresas públicas. El fenómeno se evidencia aún más ante el plan político de supresión de las colonias y del coloniaje que se produce en la posguerra y la necesidad de que las nuevas Administraciones Públicas y las de los países en desarrollo se adecuaran a las nuevas demandas sociales.

Las Naciones Unidas crean a ese efecto su Departamento de Asistencia Técnica que elabora el famoso Manual de Administración Pública y promueve planes de modernización de profundo contenido.

No es ajeno a ese proceso la Organización de los Estados Americanos (OEA). A tal fin crea organizaciones apropiadas como la Escuela de Administración Pública de América Central con sede en San José de Costa Rica y los Centros Interamericanos de Capacitación en Administración Pública (CICAP) de Caracas y Buenos Aires, amén de sus convenios de acciones conjuntas con instituciones de América latina y sus especiales servicios de asistencia técnica.

Los países latinoamericanos crearon instituciones especializadas siendo destacable, por su antigüedad y acción, la Fundación Getulio Vargas, con sede en Río de Janeiro.

III.2. Para la Argentina podemos fijar en forma sintética y práctica las siguientes instituciones y cursos principales en el orden nacional:

1. 1958 - ISAP - D.L. 4027/1958, art. 2°, inc. b)
2. 1967-1970 - planes de capacitación en el POTAP
3. 1972 a la fecha - INAP Ley 20.173, art. 2°
4. 1983-1985 - UBA-Rectorado

Son destacables los órganos universitarios nacionales afectados a los mismos fines. Entre ellos cabe mencionar la Universidad Nacional de La Plata, que creara la primera carrera de licenciado en Administración Pública y editara una

importantísima publicación. También, la Universidad Nacional de Salta con su instituto de valiosísima docencia que incluye hasta la capacitación de funcionarios policiales superiores antes de su acceso a los grados máximos. Son recordables, asimismo, las trascendentes actividades de las Universidades de Córdoba y Mendoza, entre otras.

No deben soslayarse los servicios de capacitación cumplidos por el Consejo Federal de Inversiones (CFI) para las administraciones provinciales y que han continuado la obra del CICAP (OEA) de Buenos Aires, que fuera trasladado a otra nación hermana por razones económicas que es mejor olvidar.

III.3. La legislación nacional es profusa en todo lo que concierne al Estado. Hemos tenido inflación monetaria, legislativa y de gobiernos en un desarrollo paralelo y, a no dudarlo, con razones comunes.

El estudio de la legislación en orden a la capacitación de funcionarios se relaciona, en especial, con los procesos de racionalización o reorganización estatal que se han llevado adelante, así como con el establecimiento de estatutos para la función pública ante la garantía constitucional de su estabilidad. Pero este último enfoque se presenta algo tardíamente.

Cabe considerar en primer término las previsiones sobre capacitación de los sistemas estatutarios. En las leyes formales aparece tardíamente y, al principio, como un deber, siendo que lo consagran como derecho las regulaciones complementarias de los primeros Convenios Colectivos de Trabajo.

En esa orientación es de recordar:

1. Estatutos de los funcionarios públicos

1.1. Decreto 33.827/1944. No preveía la capacitación.

1.2. Decreto 15.650/1954, Anexo 4. Régimen de Racionalización Administrativa. Contiene sólo normas sobre ingreso por examen de competencia o título.

1.3. Decreto ley 6.666/1957 - Ley 14.467. Primer efectivo Estatuto del Personal Civil de la Nación. No preveía la capacitación.

1.4. Ley 22.140 de Régimen Jurídico de la Función Pública. No incluye la capacitación como un derecho; la establece como obligación permanente del agente público (art. 27, inc. m]).

Su reglamentación (dec. 1797/1980) disponía que el agente "deberá cumplir" con los cursos que se establezcan.

Procede advertir que los cursos ya existían, sea en el INAP y en otras instituciones. Sin embargo, las materias solían estar a cargo de agentes del Estado Nacional a los que alcanzaban incompatibilidades estatutarias para contar con un contrato personal de servicios con el Estado. El

decreto 2228/1979 excluyó de la prohibición estatutaria "a los contratos de servicios personales para el dictado de cursos de capacitación, actualización y especialización de personal" sea nacional, provincial o municipal.

1.5. La reciente ley 25.164 —que sustituye la anterior— regula en su art. 16, inc. d) como un derecho del agente la capacitación permanente. Sus arts. 43/45 crean el Fondo Permanente de Capacitación y Recalificación Laboral con vistas a habilitar, esta última, el traslado del personal a otras administraciones públicas o a la actividad privada.
La ley admite la existencia de Convenios Colectivos de Trabajo según el Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por la ley 23.544. Ella dio base al régimen vigente en materia de negociaciones colectivas con el personal estatal reglado por la ley 24.185 y decreto 447/1993.

2. Convenios Colectivos de Trabajo (CCT)

El primer Convenio Colectivo de Trabajo para la mayor parte de personal estatal celebrado en 1999 de acuerdo con la ley 25.164 fue ratificada por el decreto 66/1999.

Su art. 31 contiene los derechos de los agentes, incluyendo un inc. c) de "igualdad de oportunidades" y un inc. d) de "capacitación permanente."

El Capítulo V - CAPACITACIÓN, comprende los arts. 64/66 que reglamentan la forma y modo de su ejercicio.

Antes de este CCT se celebraron muchos otros con carácter nacional y por rama para el área descentralizada de actividades comerciales e industriales ya desaparecida. La empresa pública facilitaba la presencia del sindicato único (directo o por federación única) y por rama, lo que coincidía con orientaciones políticas. Para la Administración Central existen dos CCT vigentes: uno corresponde al personal de la Administración Nacional de Aduanas y el otro, ahora denominado Laudo 15/1991, reemplaza al CCT 46/1975 celebrado entre AEDGI (personal de DGI) y la Secretaría de Hacienda. Este CCT, suscripto el 29/7/1975, incluía en su art. 10, inc. f), el derecho del personal de planta permanente a la "capacitación", norma reiterada en el Laudo 15/1991.

III.4. Reformas. Reorganización administrativa

Las sucesivas nuevas normas para el acceso al empleo público exigiendo capacitación anterior y posterior y, en general, los estatutos de los funcionarios han estado vinculados a procesos de racionalización administrativa, de reforma o reorganización, o bien a transformaciones de la estructura administrativa.

Es conocido que la expresión "racionalización administrativa" estuvo vinculada, desde la década de 1930 a reducción de gastos públicos por vía de cesantías del personal. En los estudios para la reforma administrativa en México en los años sesenta se excluía su uso y se la reemplazaba por la de "modernización administrativa" o "reforma administrativa" para no generar resistencias o rechazos.

Algo similar ocurrió en nuestro país con el Plan de Racionalización y Austeridad que en 1958 quedara bajo la conducción del CEPRA. En los años sesenta apareció otra terminología y la reforma fue denominada como "ordenamiento y transformación de la Administración Pública", si bien fue precedida por la mayor rebaja de la planta de personal dispuesta en un solo acto para la Administración Pública (15%), sea por reducción cuantitativa de integrantes y por monto de las partidas de gastos en personal del presupuesto de erogaciones.

Por tanto, bajo las denominaciones terminológicas citadas en el antepenúltimo párrafo, quedaron comprendidas las medidas de contención de gastos públicos de los años treinta hasta los años sesenta, las posteriores de modificación y perfeccionamiento del aparato estatal hasta los años ochenta y, finalmente, las respuestas a las graves emergencias financieras de los últimos años.

Los datos legislativos más importantes de estos períodos son:

a) 1934 en adelante. Normas de racionalización incorporadas a la ley 11.672 complementaria permanente del presupuesto. Imponen contención y reducción del gasto público.
b) 1946. Decreto 23.577/1946, Primer Plan Quinquenal.
c) 1954. Decreto 15.650/1954, de Racionalización Administrativa.
d) 1958. Plan Nacional de Racionalización y Austeridad, aprobado por el decreto 10.974/1958 y complementado por los decretos 10.975, 10.977 y 11.000. Incluye el Comité Ejecutivo del Plan de Racionalización y Austeridad (CEPRA), y dio origen a la creación del Instituto Superior de la Administración Pública (ISAP).
e) 1959. Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública. El decreto 9383/1959 aprueba la contratación de los doctores Bartolomé Fiorini y Pedro Aberastury para su formulación junto con el Código en lo Contencioso Administrativo. No se concretó ninguna aprobación legislativa de esta Ley Orgánica esencial.
f) 1968. Plan de ordenamiento y transformación de la Administración Pública. Se incluye luego en el Plan Nacional de Desarrollo y Seguridad 1971/1975, aprobado por la ley 19.039, cuyo Capítulo VIII (Reforma Administrativa) contiene previsiones especiales en materia de perfeccionamiento y actualización de los funcionarios y la capacitación superior del sector.

g) 1972. Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (LPA) y su reglamentación. Surge de sus normas y reglamentación que además de adecuarse los ordenamientos preexistentes, debían ajustarse las organizaciones administrativas para darle cumplimiento.
h) 1989. Ley de Reforma del Estado 23.696. Altera toda la estructura administrativa con amplias facultades al PEN.
i) 1991. Decreto 1883/1991. Reforma del procedimiento junto con la organización de la Administración para su aplicación.
j) 1996. Ley 24.629. Segunda reforma del Estado. Sigue la orientación de la ley 23.696. Rehabilita prohibiciones derogadas.
k) 1998 en adelante. Todas las leyes de presupuesto y de emergencia fijan modificaciones o restituyen prohibiciones suprimidas.

IV. Introducción al análisis global del proceso legislativo relacionado con la administración pública, el empleo público y la capacitación

El estudio de esta particular expresión del trabajo humano, como es el empleo público, dentro de un sistema republicano de gobierno, justifica traer a la memoria, para este claustro, las enseñanzas de los grandes estadistas que, dentro de la Ciencia Política y de la Ciencia del Derecho, fueron hacedores de la organización institucional.

La búsqueda de bases sólidas jurídico-políticas para razonamientos esenciales estatales siempre debe partir de la revisión de las ideas de Juan Bautista Alberdi cuando expusiera lo que consideraba el cimiento del sistema constitucional que debía darse nuestro pueblo. Como los grandes estadistas y jurisconsultos, Alberdi no se contenta con volcar un rimero de derechos e incluir un mero esquema organizativo reiterando intentos previos del país y de otras naciones. Antes bien, analiza la realidad social de su tiempo tanto en América latina como en el país y los valores a afirmar. Con ese método justifica sus búsquedas sociales y propuestas normativas que los tiempos confirmaron muy por encima de las creencias de sus contemporáneos.

Cabe entonces citar los análisis que dedica a la educación que tan inteligentemente vincula con el derecho a trabajar en el Capítulo XIII de *Bases*. Allí cuestiona la educación superior de entonces y afirma: "¿Qué han sido nuestros institutos y universidades de Sudamérica sino fábricas de charlatanismo, de ociosidad o de demagogia y de presunción titulada?" Más adelante rechaza los ensayos de Rivadavia sobre la instrucción secundaria, pues "tenían el defecto de que las ciencias morales y filosóficas eran preferidas a las ciencias prácticas y de aplicación, que son las que deben ponernos en aptitud de vencer esta naturaleza selvática que nos domina en todas partes, siendo la principal misión de nuestra cultura actual el convertirla y vencerla. El principal establecimiento se llamó

colegio de ciencias morales. Habría sido mejor que se titulara y fuese colegio de ciencias exactas y de artes aplicadas a la industria".

La vinculación que establece entre el trabajo, la capacitación y el progreso como fuente máxima de la plena libertad del pueblo le permite concluir ante la innovación rivadaviana: "...No pretendo que la moral sea olvidada. Sé que sin ella la industria es imposible, pero los hechos prueban que se llega a la moral más presto por el camino de los hábitos laboriosos y productivos de esas nociones honestas que no por la instrucción abstracta. Estos países necesitan más de ingenieros, de geólogos y naturalistas que de abogados o teólogos. Su mejora se hará con caminos, con pozos artesianos, con inmigraciones..." y seguidamente agrega: "La instrucción para ser fecunda, ha de contraerse a ciencias y artes de aplicación, a cosas prácticas, a lenguas vivas, a conocimientos de utilidad material e inmediata".

IV.1. La invocación de esta cita de Alberdi la estimamos oportuna frente a un proceso estatal tan complejo como el vivido por nuestro país y en el que el análisis de uno de sus sistemas administrativos —el de capacitación— debe ser visto no sólo en relación con sus valores educativos y formación individual, sino en cuanto al grado de utilidad cierta y válida que ella puede y debe tener para la República.

El enorme número de disposiciones que hemos citado precedentemente y que corresponden a regímenes principales —excepcionalmente se citan algunas reformas de las cientos existentes— son citas breves de extensos textos que agobian en su lectura.

Como se dijera anteriormente, no es posible valorar la capacitación cumplida sin desbrozar que ésta debe ser aplicada para el reclutamiento, la permanencia, el avance en la carrera administrativa y el egreso de los agentes si es que los estatutos tienen plena vigencia. Pero el sinnúmero de estatutos, las racionalizaciones, prescindibilidades y tantos otros eufemismos como que han concretado simples cesantías no admiten un estudio estático, un simple corte en un momento, pues el proceso temporal tiene un avance inexorable.

IV.2. Estamos analizando una simple y nueva inversión pública en educación que tiene la sencilla particularidad que se relaciona directamente con la prestación de servicios al Estado para bondad de su actividad. Esta prestación de servicios, salvo excepciones, recluta personal ya formado —capacitado— en los institutos generales del país, por lo que nos hallamos de alguna manera ante una suerte de posgrado —en muchos casos— o de especialización —en los demás—, pero siempre inversión en educación.

Este expositor ha podido actuar como docente en gran parte de los cursos de la OEA (CICAP), CFI en provincias, Presidencia de la Nación, ECAE y el Rectorado de la UBA, además de actividades internas de capacitación adminis-

trativa en el ex Tribunal de Cuentas y otros organismos. Asimismo, ha tenido la fortuna de poder examinar la evolución, los cambios, de la Administración nacional desde oteros globales e independientes, como fue el Tribunal de Cuentas de la Nación y es la Procuración del Tesoro. Desde ellos es posible apreciar la actividad global de esa enorme máquina, como lo calificara y desarrollara con tanta claridad el siempre recordable Bartolomé Fiorini.

IV.3. Como precisan los grandes médicos, el especialista de esas ciencias ve con certeza y enorme detalle aspectos mínimos, aunque ese estudio tiene el defecto de no advertir el conjunto. Sólo el gran clínico puede valorar a cada ser humano en su conjunto cuando, reuniendo los aportes de los especialistas, debe definir temas médico-científicos que exceden a aquéllos.

Esta nota característica del estudio científico debe tenerse presente cuando se enfrenta un sistema administrativo, público o privado, para conocer su funcionamiento y recomendar ajustes. Cada uno cree ver en el propio, sea de acción, asesoría o control estatal, el centro del universo y corre el riesgo que supedite a su operatividad el sacrificio de los otros o de la actividad en su conjunto. Quien expone lo comprobó permanentemente por su actuación en la Administración nacional cuando por recomendaciones de Naciones Unidas se introdujeron clasificaciones funcionales y luego programas en los presupuestos nacionales. Todos los técnicos especialistas o neófitos los alababan, pero omitían ponderar que no existía un control legislativo algo útil, o el Congreso de la Nación estaba clausurado por lo que todo quedaba reducido a una expresión formal, abstracta, una entelequia. El pueblo nunca obtuvo informaciones útiles ni supo si sus legisladores examinaron, por ejemplo, si cada uno de los programas de medicina preventiva se habían concretado en resultados útiles, lo que no ocurrió ya que las Cuentas de Inversión no se estudian y menos en cuanto a la ejecución de los programas. Más recientemente, ¿es que acaso algún sistema político —Congreso Nacional y Comisión Bicameral Revisora de Cuentas, Secretaría General de la Presidencia, Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministerio de Economía, Secretaría de Hacienda— o administrativo —controles internos y externos— advirtió el increíble crecimiento global de la deuda externa o interna durante años y años? Sin embargo, todo los años se formulaba un proyecto de presupuesto, se aprobaba legislativamente con debates y discursos para que después nadie se ocupara más del tema, y hoy se sorprenden del *default*.

Como ejemplo, es citable lo mucho que se ha hablado desde enfoques jurídicos, económicos y técnicos del sistema de las privatizaciones. Sin embargo, nos sorprendemos ahora ante la ignorancia del cumplimiento de los contratos, de su evolución.

Tengo presente también los Programas de Propiedad Participada que acompañaba a las privatizaciones. Según ellos, los usuarios, los proveedores y, sobre todo, el personal —éstos con el aporte de su trabajo— podían volverse accionis-

tas de las empresas privadas por acciones que otorgaba el Estado. Pero, ¿es que alguien conoce que salvo los excepcionales casos de las muy grandes empresas todos fracasaron? ¿Que ningún usuario ni proveedor compró acciones? ¿Que la inmensa mayoría de los trabajadores no ha recibido nada?

IV.4. Las citas vienen a cuento ya que es posible analizar jurídicamente el régimen de la capacitación, pero no debe hacerse seccionándolo de los demás sistemas ni del conjunto. Llamamos especialmente la atención, para un análisis de ese tipo, que debe ponderarse el desarrollo de los procesos políticos y administrativos, los cambios de gobierno fuera de la Constitución, las reiteradas mutaciones ministeriales dentro de cada gobierno, la inflación legislativa y administrativa desmesurada que todo lo cambia a veces por presentar un presupuesto que acepte el FMI, el Banco Mundial, o los eventuales efectos electorales ahora que vivimos en el Estado de Derecho.

En mi modesta opinión, el sistema nacional de capacitación vigente guarda valores técnicos importantes y se ajusta al régimen del SINAPA. Se cumple con suficiente bondad por el INAP, si bien, como todo el sistema educativo del Estado, no cuenta con adecuados recursos para una función tan importante. Me remito, además de mi propia experiencia, a la de especialistas en reformas administrativas con los que he tenido oportunidad de informarme, en particular uno de ellos consultor del Banco Mundial y del BID, que aporta su experiencia en otros países latinoamericanos y en el Cercano Oriente.

IV.5. Fueron los países comunistas los que primero establecieron cuotas o cupos de admisión para la enseñanza superior. Pretendían que la relación "profesión determinada = necesidad social" lograra los graduados necesarios al país.. So pretexto de falsas invocaciones, en América latina se ha omitido que en el planeamiento francés, bajo la absoluta libertad, los incentivos (subsidios, exenciones) orientaban a los habitantes. Nuestro país carece de adecuados incentivos para ciertos estudios de la enseñanza general e incluso para la igualdad de oportunidades. Pero en materia de capacitación de funcionarios, estos instrumentos se deben aplicar.

IV.6. Estimo, en el campo legal y por sus resultados, que la capacitación por sectores profesionales especializados —abogados, economistas del Estado y administradores gubernamentales— presenta una evolución y resultados sustantivos y se ha venido cumpliendo razonablemente, pero con arritmias.

Es necesario que las respectivas carreras administrativas sean acompañadas por una legislación positiva que asegure a los graduados la preferencia absoluta en el acceso a la función pública, así como la garantía de la estabilidad y a la carrera a los ya incorporados. Las reglamentaciones cuentan con ciertas declamaciones sobre estas preferencias o garantías, pero no tienen plena vigencia. Es

lo que se ha podido apreciar en tantas racionalizaciones u otros eufemismos por cesantías, a saber, que el Estado perdía un enorme capital en inteligencia. De allí que muchas veces la inversión pública aplicada en capacitación puede quedar sin utilidad social efectiva.

IV.7. Considero imprescindible dar énfasis a la orientación práctica aplicada a los agentes públicos de ejecución, en especial para los servicios relacionados con el trato directo y personal con los administrados. Son conocimientos de "utilidad material e inmediata" los requeridos para responder las demandas de servicios y prestaciones en forma efectiva y oportuna.

El estudio permanente y dinámico de la Administración nacional acredita, por ejemplo, que por encima de las declaraciones del art. 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) muchos expedientes carecen de practicidad, sencillez y economía, y que el ciudadano o no concreta su reclamo, recurso, denuncia o queja, o en alto número lo abandona. En el pensamiento de Schopenhauer, sólo el dolor era positivo, el estado de salud no se siente. Aplicado a la Administración se comprueba que ella conoce al que reclama y protesta, no al que abandona pretensiones que usualmente integra los que menos tienen o conocen. Las empresas cuentan con asesores y apoderados capaces, el pueblo trabajador sólo es asistido en cuestiones laborales. El vecino, usuario de servicios hospitalarios o urbanos, el pueblo en general, está solo frente al Estado. Las soluciones políticas del Defensor del Pueblo e instituciones semejantes tienen aplicación limitada para la comunidad en general. La Administración da buenas respuestas a los grandes problemas individuales; no ocurre lo mismo con las problemáticas individuales pequeñas, y si las encara lo hace en forma singular, no para el conjunto.

La ausencia de una oportuna y adecuada información, así como de la vigencia efectiva de los principios de la LPA en la etapa inicial, hace que de poco o nada sirva la sapiencia ulterior de asesores o técnicos. No siempre llega la oportunidad de concretarla o es tardía.

IV.8. La actividad docente cumplida por el expositor en materia de capacitación, especialmente en el orden provincial, estuvo dirigida a sectores medios administrativos. En ellos se aprecia la necesidad de formación efectiva y práctica, de aplicación concreta de los principios generales del procedimiento. Se comprueba la necesidad de conocer y dominar expresiones claras de economía, sencillez, eficiencia, oficiosidad e informalismo y que las áreas de atención al público necesitan estar informadas sobre el avance y conclusión de las actuaciones y sus resultados.

En las administraciones privadas se advierte la inquietud por implantar tableros de control, *softs* y otros medios especiales dirigidos al seguimiento de la gestión, ya que deben ofrecerse resultados Es un problema común en administra-

ción, es decir, en la movilización de recursos humanos, materiales y financieros, cualquiera sea el sector donde se cumpla.

IV.9. Como simples ejemplos de anomalías iniciales procedimentales son citables dos casos de conocimiento personal del expositor. La primera nieta no tuvo nombre ni documentos durante un año; sólo contó con un número de expediente. Una oficina de estado civil de la provincia de Buenos Aires negaba la inclusión de un prenombre por considerarlo extranjero pese a su admisión amplia y efectiva en la Capital Federal y en las provincias. Sólo un abuelo que logró dictámenes y certificaciones de otros Registros y de la Academia Argentina de Letras e hizo gestiones ante las autoridades superiores en La Plata permitió concretar un anhelo muy caro a los sentimientos de los padres.

En el orden nacional, en fecha reciente, la viuda de un jubilado polaco solicitó la pensión y presentó una partida de su país natal con legalización anterior al régimen de la Convención de La Haya. Para la dependencia actuante, el trámite no podía iniciarse por la ausencia de la Apostilla y requería que se obtuviera nueva partida con la misma. Daban como solución alternativa y práctica una información sumaria judicial con dos testigos que declararan que ambos esposos habían vivido en concubinato. Como si fuera fácil que una persona mayor cambiara sus conceptos morales, legales y religiosos ante sí misma, su familia y su mundo de relaciones.

Muchos trámites jubilatorios se demoran o no se inician por las dificultades de los trabajadores en obtener certificaciones parciales de empresas fallidas sin que se les asista sobre las formas de superarlo. Otras veces les notifican el rechazo que fuerza a demandar su reconocimiento por vía judicial en acción ordinaria.

No interesa que los dos primeros casos lograran soluciones. La realidad es que situaciones no conflictivas exigieron esfuerzos nada propios para el otorgamiento de actas estado civil y documentos o para derechos alimentarios.

IV.10. La actividad estatal acredita que por la capacitación del Cuerpo de Abogados del Estado, servicios administrativos contables y otros servicios especializados se proveen soluciones de alta calidad a un importante número de actuaciones. Sin embargo, los interesados no comprueban correlación con los esfuerzos que se les demandan.

Es una situación similar a la de muchos países de Occidente en que el Poder Judicial provee muy buenas sentencias pero tardíamente, a elevado costo, por las falencias del aparato judicial. Esta evidente ineficacia se ha tratado de superar obligando a mediaciones o induciendo a otros medios de soluciones alternativas con lo cual el Estado se soslaya de sus deberes. Esto trata de ocultar que la realidad judicial responde a causa de la ausencia de recursos para una función pública esencial.

Un simple amparo argentino cuestionando el tratamiento impositivo de profesionales estuvo tres años en la Corte Suprema, que lo desestimó por cuestiones de legitimidad procesal de la actora no articuladas por el Estado. Es vergonzoso que la ley dictada inmediatamente reformara la legislación reconociendo todo lo demandado en aquella "acción expedita y rápida" (art. 43, CN). No lo es menos que la desposesión de todos los depósitos bancarios del pueblo que trabaja aún no tenga sentencia definitiva de la Corte Suprema transcurridos más de dos años. Curiosamente estas acciones "expeditas y rápidas" no requieren el reclamo administrativo previo.

IV.11. La Ley de Procedimientos Administrativos significó un enorme avance en todas las dependencias que carecían de leyes especiales y en la aplicación adecuada de estas últimas. Desmitificó, por su carácter republicano, muchos preconceptos sobre el predominio del Estado de las autocracias de la primera mitad del siglo XX y los resabios medievales del autoritarismo de los siglos XVIII y XIX. Su aplicación, meramente formal por la sola intervención de los servicios jurídicos, sólo es garantía de legalidad y justicia pero no de eficacia, eficiencia, economía, sencillez y temporalidad de los procedimientos.

El tema que tratamos fue advertido al producirse la reforma del procedimiento administrativo mediante el decreto 1883/1991 (B.O. 24/9/1991). Se sentaron las bases para asegurar la información al pueblo, eficacia en los trámites iniciales y seguimiento profundo de los actos ulteriores hasta su conclusión.

El decreto imponía la institución de la Secretaría General en cada jurisdicción ministerial que debía contar con las tres direcciones siguientes:

a) Despacho, b) Mesa de Entradas y Notificaciones y c) Información al Público.

De las tres direcciones conviene tener presente que a la de Despacho le corresponde asegurar la distribución de la documentación administrativa a las unidades de su jurisdicción, el control de circulación y, en especial, el cumplimiento de los plazos de tramitación de los expedientes. Para asegurar ese control de gestión los arts. 12 a 16 reglamentan el cumplimiento de plazos que hicieran activo el principio especial del art. 1° inc. e) de la ley 19.549 de que los plazos "serán obligatorios... y para la administración".

Para no hacerlo abstracto o meramente declamativo este régimen impone que "*...de comprobarse el incumplimiento de los plazos respectivos deberá intimar al funcionario responsable bajo apercibimiento de ser sancionado...*" y que "*en caso de comprobarse la demora en la tramitación, el superior jerárquico deberá avocarse a la prosecución del trámite sin perjuicio de la sanción que corresponda al responsable de la dilación*".

Es fruto de la experiencia que esta importante reforma que superaba lo que es objeto de inquietud se viera frustrada por múltiples hechos no ordenables en

forma precisa, por ahora. Pueden recordarse, en cambio, algunas opiniones individuales sobre deformaciones que deben ser cercanas a la realidad.

Así, por ejemplo, se cuestiona como deficiencia crear un sistema de control dependiente del ministro sin precisar clara y uniformemente su integración concreta, ubicación en la estructura del Ministerio y nivel de los cargos. Como desvío general ha sido utilizado para lograr promociones, pues la denominación como "Secretaría General" habilitaba a pretender que su titular fuera equiparado a "secretario" y sus directores a personal de cargos críticos del SINAPA con ascensos generales. En suma, dio lugar al crecimiento de la estructura con nuevos órganos, niveles más jerárquicos y cargos mucho más allá de la idea primigenia. Si se valora la subsiguiente aparición de las *Secretarías y Subsecretarías de Coordinación* —antes inexistentes—, abarcando competencias en estos campos, se comprenderá adónde llevaron las buenas ideas.

Otra falla en la aplicación del decreto 1883/1991 ha sido que el poder de control y punitivo-disciplinario introducido perdió valor ante el predominio de circunstancias metajurídicas que incidían dentro de las relaciones interorgánicas interesadas. Con lo cual ni se controló ni se aplicaron sanciones de ninguna especie.

Buena parte de las noticias dan cuenta de que mientras se desarrollaba la brega por mejores niveles, remuneraciones y cargos, los servicios de Mesa de Entradas y Archivo siguieron desenvolviéndose con los escasos recursos humanos y materiales con ya que contaban. La ausencia de modernización en el equipamientos ha sido apreciada por quienes cumplen servicios de gestoría, pues sus experiencias les permiten realizar comparaciones. Sólo existen mejoras en los servicios descentralizados con tasas especiales, es decir, recursos exógenos al presupuesto, lo que no ocurre en los Ministerios y Secretarías a los que se dirigían estas normas.

IV.12. Los comentarios precedentes traen al análisis que la capacitación en abstracto, sólo teórica, fuera de la realidad organizacional, puede ser alcanzada por las mismas críticas que efectuaba Alberdi en su tiempo.

V. Conclusiones

Como conclusiones finales provisorias respecto al sistema de capacitación existente cabe expresar:

A. La capacitación del personal estatal puede ser tanto para su reclutamiento, su permanencia, su ascenso en la carrera y su exclusión y pasaje a otras estructuras estatales o al área privada. Por tanto, nos hallamos ante distintas realidades que deben ser consideradas con detenimiento en toda nueva iniciativa.

B. La capacitación es una expresión más de la educación estatal como servicio público. Al estar dirigida a funcionarios públicos, no debe abstraerse de la realidad organizacional para la que se produce.

C. La capacitación no debe examinarse en forma aislada de la realidad política y administrativa. Fuera de la necesidad de estabilidad política que es de esperar que no se vuelva a alterar jamás, la organización ministerial debe ser inmutable al igual que sus desconcentraciones. Los cambios sólo sirven para repartir poder y pompa y circunstancias en juramentos nada republicanos. La mayoría de ellos no son útiles a los intereses del pueblo. Frente a la lamentable falta de una Ley Orgánica de la Administración Pública, sólo intentada en 1959, deben existir estructuras administrativas y plantas de personal estables para las cuales programar todo, incluso la capacitación que es sólo uno de los múltiples sistemas.

D. Estimamos poco prudente la orientación de la ley marco 25.164 y el CCT (decreto 66/1999) de crear un sistema de "recalificación laboral" que incluye "facilitar la movilidad funcional y la readaptación de los empleados públicos...". Parecen ser expresiones de futuras cesantías, pues en épocas anteriores esos cursos se dirigieron a personal que perdió sus empleos en los procesos de privatizaciones o de reforma del Estado. Por otra parte, el enorme crecimiento de las plantas transitorias y la tercerización de funciones por contratos afirma la endeblez de las plantas permanentes y de sus situaciones jurídico-estatutarias.

E. Debe profundizarse el planeamiento y cumplimiento del actual sistema nacional de capacitación para que pueda responder a la cambiante realidad en el orden externo e interno de la Administración. Deben primar especialmente los cursos dirigidos a los servicios de atención al público y al control permanente de los procedimientos administrativos posteriores con seguimientos del cumplimiento de los plazos, examen de la sencillez, economía y eficacia con directa y efectiva asistencia a los interesados.

Buenos Aires, marzo de 2004.

Capítulo III

EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

EL DERECHO ADMINISTRATIVO BRASILEÑO FRENTE A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

por Celso Antônio Bandeira de Mello*

1. O tema deste painel, para nós latino-americanos, no momento é muito mais político do que jurídico, consistindo em um exercício de prospecção, antes que em um exercício de análise do direito.

Aliás, trata-se inicialmente de saber de que integração se vai tratar e com quem haver-se-á de fazê-la.

2. É certo, que, felizmente, já existe o MERCOSUR. Sem embargo, o estágio em que se encontra ainda é modesto para que se possa falar verdadeiramente em integração e é insuficiente para que nos possa livrar do temor de integrações outras como o seria a da ALCA, que, de resto, pareceria antes uma absorção econômica do que uma integração econômica. Sociedade entre gato e rato ou entre chacal e lebre, que se saiba, jamais deu ou dará certo para o rato ou para a lebre.

Se se tratasse de uma integração na ALCA, as eventuais ressonâncias no direito administrativo seriam mais transtornadoras por estarem em causa direitos de índole profundamente diversa. Se, pelo contrário, o que se tiver em mente for uma integração do cone sul ou mais amplamente dos latino-americanos, as repercussões no direito administrativo não apresentariam choque algum. É que estes países possuem uma acentuada base comum principiológica, dado que foram sensivelmente influenciados pela concepção continental européia, decorrente do direito e da doutrina francesa. Assim, existe uma natural facilidade para apreensão recíproca dos respectivos direitos administrativos positivos e, correlatamente, uma facilidade marcante para a constituição, sempre que necessário, de normas administrativas transnacionais, pois seriam erigidas sobre um caldo de cultura jurídico-administrativa familiar.

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil.

3. Em rigor, consoante me parece, um processo de integração suscitará repercussões na área do direito internacional e só as suscitaria de modo verdadeiramente importante no direito administrativo se fosse constituída uma legislação única para os países integrados e produzida por um Parlamento transnacional, de sorte que vigoraria no âmbito interno de cada um deles, independentemente de estarem em pauta relações entre o Estado integrado e empresas ou cidadãos de outro país integrado.

A razão desta assertiva é a de que, a ser de outra sorte, as normas comuns seriam vigorantes tão só para relações desta última espécie, caso em que seriam fruto direto de um Tratado ou de enunciações emanadas de órgão por ele instituído e autorizado a produzi-las. Assim sendo, constituir-se-iam, então, primacialmente, em normas de direito internacional e não de direito administrativo, ainda quando versassem matérias tradicionalmente reguladas nesta esfera, como licitações ou contratos. Não há negar, entretanto, que teriam ressonâncias no direito administrativo, pois excluiriam da esfera dos direitos administrativos de cada País relações jurídicas que, em princípio, seriam por eles regidas, não fora pela existência destas normas gestadas no bojo do processo de integração. De resto, esta é a repercussão mais provável, pois a criação de um verdadeiro Parlamento transnacional, isto é, com competências legislativas privativas em certas matérias, corresponderia a um avançadíssimo estágio de integração que ainda estamos longe de alcançar, se é que algum dia o alcançaremos.

4. Uma segunda questão a ser enfrentada é a de saber-se em que setores seria mais sensível, já em um primeiro momento, a conveniência ou necessidade da edição de normas específicas tendo por objeto material questões de direito administrativo a serem reguladas no âmbito de um processo de integração. Estamos em que alguns tópicos sobrelevam claramente. É o caso das licitações, dos contratos administrativos, do órgão julgador de controvérsias nascidas a este propósito e, eventualmente o da constituição de grandes empresas estatais plurinacionais pertencentes aos Estados em processo de integração para fins de prestarem serviços públicos aos seus cidadãos.

5. Faremos uma brevíssima referência aos três primeiros e algumas observações menos sintéticas no que concerne ao último deles.

Em matéria de licitação é fundamental que fiquem claramente fixados alguns pontos, a saber: a adoção explícita dos princípios da publicidade, da isonomia entre quaisquer interessados em participar, vedado qualquer benefício ou facilidade desigualadora aos nacionais do país promotor do certame, da rigorosa obediência às regras disciplinadoras da competição, da avaliação objetiva das condições de participação, da objetividade dos critérios de julgamento das propostas e da ampla fiscalização facultada não só, mas sobretudo, aos disputantes do certame. Cumpre ainda que sejam cortantemente separadas as fases de habilitação ou qualificação dos licitantes e a de classificação das propostas, nesta sucessividade, para impedir que o conhecimento das ofertas influencie, consciente ou inconscientemente,

decisões sobre a admissão dos proponentes. Importa, ademais; que nas licitações abertas a empresas de origem estranha aos países em integração, sejam estabelecidas preferências para os que os integrem e, dentre estas, para aquelas em que não concorra capital externo ao bloco ou que concorra em menor proporção.

No que atina a contratos, é indispensável que se estabeleçam explicitamente as prerrogativas de que disporá o contratante governamental, tais a) o poder de alteração unilateral, com arrolamento dos casos em que será admissível e até que limite proporcional do valor do contrato poderá ser utilizado o "jus variandi", especificando-se, também, as hipóteses de alteração por mútuo consenso; b) o de irrestrita fiscalização de seu fiel cumprimento; c) o de aplicação de penalidades de antemão previstas e constantes da disciplina contratual, assegurado sempre direito a um prévio processo com direito a ampla defesa e recursos a ela inerentes, d) o poder de extinção prematura do vínculo, com enumeração das hipóteses em que será cabível e com antecipado aclaramento da forma de apuração da indenização quando cabível. Assim também deverá estar claramente explicitada a garantia da equação econômico financeira do contrato nas hipóteses de a) descumprimento por parte do contratante governamental; b) alterações unilaterais; c) fato do príncipe; d) casos compreendidos no âmbito da teoria da imprevisão, e e) perante as chamadas "sujeições imprevistas", definidos sempre os critérios de recomposição econômica que vigorarão para acudir as sobreditas situações.

No respeitante a um órgão julgador supranacional de controvérsias surdidas ao propósito de relações oriundas de licitações ou contratos administrativos, de um modo geral não se vislumbram maiores problemas para a generalidade dos casos conflituosos que se proponham. Dificuldade de maior tomo poderá surgir, ao menos em face do atual direito brasileiro, no que concerne a litígios suscitados por licitações ou contratos instaurados e travados no País quando seja parte pessoa governamental nacional prestadora de serviço público, mesmo se constituída sob a forma de pessoa de direito privado, visto que, em tal caso, consoante me parece, não poderia renunciar em definitivo a recorrer ao Poder Judiciário local. Assim, este tipo de questão necessitaria ser previamente soluto em Tratado.

6. Quanto à conveniência da criação de empresas estatais supranacionais constituídas pelos Países engajados no processo de integração para a prestação de serviços públicos, tais "exempli gratia", os de telecomunicações ou os de navegação aérea, não é difícil entender-se que motivos concorreriam para um esforço comum nestas áreas. Sabidamente políticas desastrosas foram responsáveis pelas destruições das empresas nacionais que se ocupavam de serviços públicos e políticas ainda mais desastrosas foram responsáveis pela outorga delas a grandes grupos de multinacionais, com resultados altamente insatisfatórios.

Inicialmente se disse que o tema deste painel propunha para os latinoamericanos questões mais políticas que jurídicas. É oportuno, pois, referi-las. Tudo

indica que somente por via de um processo de integração latinoamericana, com a associação de recursos e de esforços é que teremos condições, ao menos medianamente adequadas, para enfrentar política e economicamente dificuldades que se aguçaram ao máximo nos últimos anos como decorrência do panorama internacional.

O próprio Estado Social de Direito, cuja compostura era indispensável para países onde o desnível sócio-econômico é muito acentuado, passou, em todo o mundo, por uma enfurecida crítica, coordenada por todas as forças hostis aos controles impostos pelo Estado bem como aos investimentos públicos por ele realizados a fim de promover o desenvolvimento econômico e social.

Pretenderam estas forças adversas reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional, de sorte a implantar um não abertamente confessado "darwinismo" social e político. Naturalmente, a sede mental e operacional de tal empreendimento foram os EE.UU. da América do Norte, atuando sobretudo por via dos organismos financeiros internacionais, com destaque para o Fundo Monetário Internacional.

Este movimento estribou-se em uma gigantesca campanha publicitária para a qual foi cunhado o rótulo "globalização" e que preconizou um conjunto de providências concretas representativas do chamado "neo-liberalismo". Por meio dela, fantasiadas de análises político-econômicas, foram vendidas, com os mais sofisticados ingredientes de *merchandising*, as "palavras de ordem": "reforma do Estado", para reduzir-lhe a atuação a um mínimo; "privatização", para passar a mãos privadas a titularidade ou meramente a prestação de serviços públicos; "flexibilização" da legislação protetora dos economicamente hipossuficientes e irrestrita abertura dos mercados dos países subdesenvolvidos, para que não houvessem peias algumas tanto à ocupação de seus mercados pelos países cêntricos quanto ao fluxo do capital especulativo internacional.

7. Tal campanha foi ensejada por uma oportunidade histórica que os interessados não deixaram passar, a saber: com a implosão da União Soviética deixou de existir a bipolaridade mundial que, além de concorrer para minorar descomedimentos políticos de cada um dos blocos, cumpria outra função fundamental: a de bloquear a desenfreada expansão das aspirações de quaisquer dos lados. É que o confronto de idéias provindas dos dois centros produtores de ideologias antagônicas, tanto gerava uma área de fricção, de per si desgastadora de seus extremismos, como, e sobretudo, produzia um natural convite à crítica de ambas, concorrendo para a busca da síntese resultante de tal dialética.

Uma vez livres de qualquer contestação ou contenção, e exorcizado o receio de que os órfãos das benesses do desenvolvimento capitalista pudessem ser um fator inquietante do equilíbrio mundial, as forças nele dominantes puderam exibir sua face oculta e sem qualquer contraponto ideológico propagar tudo que lhes convinha, seja para debilitar as conquistas sociais em todo o mundo, seja para

que lhes fossem irrestritamente franqueados os mercados dos países subdesenvolvidos, dos quais, inclusive, no campo dos serviços públicos, expulsaram os Estados nacionais, que até então preenchiam tal espaço e o tinham como reservado.

8. Evidentemente, as pessoas acostumadas profissionalmente ao exercício mental não tiveram qualquer dificuldade em perceber que não havia relação alguma entre o desenvolvimento tecnológico, que se dizia ser inexoravelmente responsável pela "globalização", e as providências político-econômicas que em nome dela eram propagadas como inevitáveis. Com efeito, o fato de ter havido notável progresso no campo da informática e das telecomunicações, que facilitou a rapidez dos contactos entre as pessoas e Estados —e que foi, na verdade, a transformação significativa recente— não predicava logicamente nem a redução do papel do Estado na vida econômica e social, nem a franquia dos mercados para os grandes grupos econômicos, nem a liberação deles para a especulação da finança internacional. Entre uma coisa e outra não há nexo algum de compulsoriedade lógica ou social ou política ou econômica ou jurídica.

Tais eventos nada mais são do que o fruto de decisões governamentais, tomadas em função de uma insistente, repetitiva e avassaladora divulgação de propostas político-econômicas inseminadas sobretudo entre os países subdesenvolvidos, que as acolheram como lições ditadas pelos mais capazes e experientes.

9. Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobreposse entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural), chegou-se a apregoar *o fim da noção de serviço público* e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. Os que disto se fizeram arautos cumpriram, em sua maioria sem se aperceber, o papel de massa de manobra para a portentosa campanha de *marketing* conduzida pelos organismos financeiros internacionais manejados pelos países cêntricos, nos quais, para penetrar livremente nos mercados dos países emergentes e praticar o "vampirismo econômico", foram elaborados os motes "globalização" e "reforma do Estado", em termos que lhes facilitassem os objetivos.

Tal movimento, a fim de causar impressão em meios jurídicos, de cujo apoio não poderia prescindir para a sustentação das indispensáveis teses político-administrativas correlatas, se fez acompanhar de arremedos teóricos na área do Direito Administrativo, suficientes para impressionar alguns segmentos, que facilmente tomaram a nuvem por Juno, hipnotizados pela aludida manobra publicitária. A difusão deste repertório de *slogans*, dentro e fora do meio jurídico, já entrou de declinar, tanto pelos catastróficos resultados produzidos —mesmo em países que foram modelos de docilidade— como porque a pretendida ocupação dos espaços econômicos a que se propunha já se completou com grande êxito para esta invasão

econômica. Sirvam como exemplo, no Brasil, o trespasse para grupos alienígenas de todas as empresas que prestavam serviços públicos de telecomunicações e de grande parte das que efetuavam a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, a liberação para estrangeiros da exploração das riquezas minerais e da navegação costeira e interior, a abertura para eles das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a invasão devastadora do setor bancário para citar algumas áreas importantes de nossa economia.

10. É curioso notar que o empresariado de tais países ao se manifestar pressurosamente como um adepto entusiasta das preconizadas —e afinal efetivadas— "aberturas de mercado", praticava um espetacular suicídio coletivo. Com efeito, é meridianamente óbvio que empresas de economias incipientes, ao menos se comparadas com a dos países cêntricos, por terem limitada capacidade de inversão, recursos tecnológicos menores e agravadas, em muitos casos, por juros espetaculares, não teriam a mais remota possibilidade de competir com êxito, a menos que a tal abertura fosse seletiva e efetuada com grande prudência. Sem embargo, este mesmo empresariado, na América Latina, hoje combalido e trôpego, apoiou de todos os modos aqueles políticos que representavam, com invulgar eficiência, as teses de seus verdugos (e verdugos de suas populações): Foi formado na América do Sul um tripé, constituído por três presidentes que se fizerem executores desta política preconizada externamente e que para melhor garantia de implantação demandava mais de um mandato, razão porque os três protagonistas reformaram as respectivas Constituições para se reelegerem e desencadearam uma atuação que haveria de deixar seus países no estado miserável em que se encontraram ao cabo de seus períodos presidenciais.

É bem de ver que o aludido movimento que destroçou o tecido econômico e social dos países latinoamericanos, não passa, na História, de um simples "soluço" e já dá sinais de despedida. Isto se deve, de um lado, às agudas manifestações censórias que passou a receber, ante o cortejo de misérias que vem semeando por todo o mundo e, de outro lado, possivelmente, ao fato principal de que seus objetivos, a esta altura, se encontram quase inteiramente alcançados. Deveras, já está efetivada, em larga medida, a substituição interna do empresariado dos países emergentes pelos grandes grupos econômicos internacionais. Assim também, já ocorreu uma amplíssima captação dos mercados destes países e, inclusive, sua ampliação para tais fins, graças a inclusão nele dos serviços públicos, dantes cativos em mãos dos respectivos governos que daí foram expulsos, ficando, pois, liberados para serem apropriados pelos grupos econômicos internacionais.

11. Pois bem, a constituição de empresas estatais plurinacionais é o meio que, nos países latinoamericanos, maiormente no Mercosul, pode servir à recuperação do controle dos serviços públicos, ensejando prestá-los de modo satisfatório, com tarifas módicas, acessíveis a uma população de baixa renda, pois desempenhados sem as preocupações de lucro que se constituem natural e

compreensivelmente no móvel impulsionador das empresas multinacionais que deles se apoderaram.

De fora parte este aspecto, a conjugação de esforços, políticos, culturais, e econômicos é que permitirá aos que se integrarem nesta comunidade de países recuperar o tempo perdido e empreender um consistente projeto de desenvolvimento, pois teria à sua disposição recursos naturais imensos e variadíssimos, uma base industrial já razoavelmente consistente e um mercado de grande porte, maiormente se ao Mercosul se associarem os demais países latinoamericanos.

Registro, por último que a aceleração destes processos de integração corresponderia, no caso do Brasil, a um simples cumprimento de projeto constitucional estampadamente expresso no art. 4ª, parágrafo único, que estabelece: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

por MARIANO R. BRITO*

I. LA CUESTIÓN DEL TÍTULO

1. Para procurar una respuesta concreta hemos de atender a una cuestión fundamental que aquí se plantea como frente a tantas otras manifestaciones del ordenamiento jurídico ante la integración. Es que el reto de la "nueva economía, la mundialización de sus dimensiones y aun su globalización, la cuestión social y las implicaciones éticas —entre otras— reclaman una respuesta en el orden del saber o del conocer, más allá de la información y constatación del orden de los fenómenos que sí acaecen: ocurre inequívocamente la integración, se transita por ella y se discurre a su respecto, y se procura su logro y afianzamiento. El derecho —orden instrumental, ciencia práctica para el fin ordenador— se hace presente y asume, en alguna medida, la conducción estabilizadora del proceso, a la vez que permite la reflexión sobre su prospectiva [1]. Una vez más, se decía a fines del siglo XX: "Un gran reto que tenemos al final de este milenio es el de saber realizar el paso, tan necesario como urgente, del fenómeno al fundamento" [2].

2. En tal orden de reflexión, más de una vez, asaz frecuentemente, se habrá de ver que "el derecho positivo no resuelve, sin más, íntegramente, las cuestiones controversiales, ni las de integración y coordinación que reclaman la acción del derecho para el ordenamiento de la vida humana en sociedad" [3]; tampoco las de integración entre estados y entre los diversos actores de la vida internacional.

3. ¿Qué hemos de entender por integración en orden a la respuesta buscada?

¿Acaso podríamos, para nuestra América latina, con el título de una publicación parlamentaria de mi país, hablar de "América latina, una nación de repúblicas" o, antes bien, mucho ha conducido a la dispersión y aun, por qué no llamarla, desintegración económica, política y cultural? Si la respuesta fuera la con-

* Rector de la Universidad de Montevideo, Uruguay. Catedrático de Derecho Administrativo.

[1] BRITO, Mariano R., *Derecho Administrativo. Su Permanencia - Contemporaneidad - Prospectiva*, Introducción, Universidad de Montevideo, 2004, ps. 9 a 22.

[2] JUAN PABLO II, Encíclica *Fides et ratio*, 2ª ed., Palabra, Madrid, 1998, p. 114.

[3] BRITO, Mariano R., *Derecho...*, cit., p. 38.

ducente del título quedaría afirmada la calificación de "integrador" para el proceso que se desenvuelve entre nuestros países latinoamericanos y especialmente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en el constituido Mercosur. Se ha *recordado* que "En sentido etimológico, integración es acción y efecto de integrar e integrarse, 'y' también unirse a un grupo para formar parte de él" [4].

Magariños señalaba ya en 1967 que la expresión, "más que referirse a una realidad determinada, trasunta mejor una concepción del hecho histórico. Más que mencionar un objeto preciso indica una idea, un modo de acción, un postulado aceptado generalmente por todos, al cual debe tenderse permanentemente y que por fuerza se traduce en movimiento" [5].

Más aún: podríamos tal vez pensar al abrigo del pensamiento de Hauriou, que el proceso integrador —con fuerza y rigor de vida que se hace y se afianza en su desarrollo, aunque con dificultades y perturbaciones y también frustraciones, a veces— puede conducir a perfilar y dar finalmente nacimiento a la institución. Ella, según la genial definición del maestro de Touluse, "es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos" [6].

Se advierte cuánto de lo que acaba de citarse bien puede hallarse cuando el derecho administrativo se enfrenta a los procesos de integración. Bastará aquí aludir a la organización, personalidad jurídica, sus órganos y clasificación, sus funciones o competencia, clasificación de ellos, etcétera.

4. Véase producido todo ello en el Mercosur con su proceso gradual de institucionalización, porque habiendo hallado su fuente en un tratado "para" (destinado a la constitución de un mercado común) [7], no da nacimiento al Mercado Común del Sur, anunciando en cambio que "los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur (Mercosur)" [8].

"*Considerando*, precisamente, que la ampliación de las actuales dimensio-

[4] Di Biase, Héctor N., "Introducción al derecho de la integración con especial referencia al Mercosur", en AA.VV., *El Mercosur después de Ouro Preto*, Universidad Católica del Uruguay, *Revista de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, 1995, p. 12.

[5] Di Biase, H. N., "Introducción...", cit., p. 13.

[6] Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, con traducción del francés, prólogo y biografía del autor por Arturo Enrique Sampay, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 39-40.

[7] Brito, Mariano R., "Solución de controversias en el Mercosur", en AA.VV., *El Derecho de la Integración del Mercosur*, Universidad de Montevideo, 1999, p. 161, citando a Freeland López Lecube, Alejandro, *Manual de Derecho Comunitario*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 99.

[8] *Tratado de Asunción*, de 26/3/1991, art. 1, párr. 1º.

nes de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo con justicia social, el Tratado de Asunción apunta al más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, y postula su base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio" (*"entendiendo"*) [9].

Recién, más tarde, mediante el Protocolo de Ouro Preto, el Mercosur hubo de tener personalidad jurídica de Derecho Internacional [10], pero tampoco ello importó de suyo la integración culminada o acabada, siempre reclamando un proceso. Cuando se habla de éste, no puede desconocerse el fruto singular de una realidad latinoamericana de dispersión y desintegración que siguió al proceso independentista.

5. Con intensidad de propósitos en los términos de la globalización, la liberalización del comercio, desregulación y reducción del aparato estatal. Todo eso con la consecuente redefinición de cometidos y competencias, mejora sustantiva en la eficiencia de gestión [11].

No menor es el reclamo ínsito de superación de las asimetrías y dificultades provenientes de economías competitivas y no complementarias. Para tales supuestos se definen en el Cap. I del T.A., entre otros, los siguientes propósitos, principios e instrumentos: "La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transporte y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de expresar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes". Con tales determinantes obligatorias para los Estados Partes, cuyo origen se encuentra en el T.A., sigue para el Derecho derivado su obligatoriedad y cumplimiento que "...está impuesto por el deber de no frustrar los fines del Tratado de Asunción y sus protocolos complementarios, deber que está consagrado a texto expreso en el Art. 18 del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados" [12].

Se ve allí, a la luz de lo establecido en el párrafo precedente, un ámbito relevante para el desarrollo y prospectiva del derecho administrativo frente a los procesos de integración. Sin embargo, se crean para su ámbito regulatorio y operativo algunas serias dificultades de las que nos ocuparemos en los apartados II y III [13].

[9] *Tratado...*, cit.

[10] *Protocolo de Ouro Preto*, de 17/12/1994, art. 34.

[11] VEIGA, José A., "La reforma del Estado", en *Revista de Antiguos Alumnos del IEEM*, Universidad de Montevideo, año 5, nro. 2, agosto 2002, p. 47.

[12] Uruguay aprobó el Tratado de Viena por ley 16.173 de 30/3/1991.

[13] Cap. II, "La cuestión de constitucionalidad". Cap. III, "El derecho derivado de los órganos del Mercosur. Su naturaleza y eficacia jurídica: ¿Es constitutivo de un derecho directamente aplicable?". Ver *infra* capítulos citados.

6. Pero, aun con carácter universal, puede afirmarse que la integración se va realizando y se alcanza o cumple durante y al cabo de un proceso, de tal modo gradual que nada puede autorizar identificación sin más, cuya noción procuraremos precisar más adelante.

7. Basta pensar, por ejemplo, cómo también "La actual Unión Europea no es un fenómeno aislado, sino que debe enmarcarse en un proceso más amplio que es el de la creación de organizaciones internacionales de carácter regional en el ámbito de Europa occidental, a partir de la Segunda Guerra Mundial [14]; organizaciones que constituyen un cauce permanente de relaciones entre los Estados del Occidente europeo y actúan como elemento de cohesión ideológica y cooperación económica, jurídica, política o militar entre sus Estados miembros. Dentro de ese proceso, la creación de las tres Comunidades Europeas tuvo como objetivo inmediato la integración económica de sus Estados miembros, si bien no ha sido ajena ni en sus orígenes, ni en su ulterior desarrollo a la aspiración de alcanzar, como fin último, la unidad política de Europa" [15].

8. No puede olvidarse la afirmación de Robert Schuman: "Europa no se hará de golpe ni en una construcción en conjunto; se hará mediante realizaciones concretas creando primero una solidaridad de hecho". Y agregaba: "La reunión de las naciones europeas exige que la oposición secular de Francia y Alemania sea eliminada. La acción emprendida debe tocar en primer término a Francia y Alemania".

"Con esta finalidad el gobierno francés propone llevar inmediatamente la acción sobre un punto limitado pero decisivo."

"El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa."

"La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea..." [16].

A partir de entonces, un largo proceso desde el Tratado de París (CECA) (18/4/1951); Tratado de Roma (CEEEA) (25/3/1957); Tratado de Roma (CEE) (25/3/1957); Tratado de Bruselas (8/4/1965); y la Unión Europea, Tratado de Maastricht (12/2/1992), y la secuela aún no culminada en una Constitución de la Unión Europea.

9. En proceso avanzado se advierte el "Tratado de Libre Comercio de América del Norte". En virtud de éste la política económica se desarrolla según

[14] Y también al presente, Europa del Este por la inminente integración de diez países de ese ámbito geográfico político.

[15] ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, "La Unión Europea y sus miembros", en AA.VV., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 2ª ed., 1ª reimp., Ariel, Barcelona, 1995, p. 14.

[16] ABELLÁN HONRUBIA, V., "La Unión Europea...", cit., p. 14.

unos objetivos bien definidos: "Propiciar la libre inversión en todas las áreas económicas. Y así se ha podido decir para México que las reformas legislativas [...] tienen como fundamental objetivo desregular la actividad económica y estimular la participación de los particulares en todas las áreas económicas incluyendo las anteriormente encomendadas al Estado Mexicano como los ferrocarriles, la energía, los aeropuertos, los puertos, la comunicación vía satélite, y aun la seguridad social y el ahorro. Las reformas efectuadas a las demás leyes no son reformas aisladas, forman parte de la reforma integral del Estado. ¿Cuál es esa reforma integral? Que México armonice su legislación con la legislación de nuestros socios comerciales [...] Si queremos negociar nos tenemos que entender jurídicamente, y como el Derecho es un todo indivisible, tenemos que reformar toda nuestra legislación".

"Todas las reformas responden a un mismo objetivo, armonizarlas para entendernos" [17].

Es aun aserto fundamental que "las reformas legislativas representan una estrategia global de cambio acorde con los dictados de la economía mundial. Los Tratados de Libre Comercio con instrumentos omnímodos y omnipresentes, nada escapa a su jurisdicción, pactan desde la liberalización de aranceles hasta el respeto de los derechos humanos y la democracia, como imperativos políticos" [18].

II. El derecho de la integración

1. Para la adecuada referencia a las cuestiones de los apartados III y IV es necesario definir una cuestión previa: ¿Qué entendemos por derecho de la integración?

En tanto nuestro tema es el derecho administrativo frente a los procesos de integración, lo es en tanto aquél entraña, es, ordenamiento jurídico, que aunque no se agota en el orden normativo, por la comprehensión de los principios generales, tampoco se reduce a la constatación de su objeto fenoménico: la integración.

2. Se ha afirmado por la doctrina argentina que "El derecho 'de la integración' o 'derecho comunitario' configura un ordenamiento jurídico pleno de carácter supranacional. Hemos dicho que la integración es un gran fenómeno político [...] que encuentra en el derecho, el sistema jurídico, su principal modo de expresión, de fundamentación y de consolidación. Así, desde esta perspectiva, la integración supone necesariamente la existencia de un ordenamiento

[17] Villareal Corrales, Lucinda, *ILC Las reformas legislativas, para el libre comercio 1991-2001*, Prólogo a, 2ª ed., Porrúa, México, p. XXX.

[18] Villareal Corrales, L., *ILC Las reformas...*, cit.

(normas) supranacional, con efectiva vigencia en el interior de los Estados miembros" [19].

Desde Uruguay, el ex canciller Héctor Gros Espiell ha dicho: "Existe un derecho comunitario cuando se ha producido una transferencia de competencias atribuidas a órganos internos del Estado a órganos comunitarios y cuando hay un tribunal o ente encargado no sólo de dirimir las controversias entre los Estados Partes, sino también de regular la aplicación interna del derecho comunitario y asegurar la primacía sobre el derecho interno. Éste no existe aún en el Mercosur.

Esta conclusión vale no sólo para el Uruguay, sino para todos los Estados Partes en el Tratado de Asunción" [20].

3. Pero, ¿Derecho de la integración o derecho comunitario? Como ha recordado José M. Gamio: "Existe bastante confusión incluso entre los técnicos en derecho de la integración, respecto al verdadero alcance de estos términos".

"No obstante —agrega— la opinión mayoritaria parece referirse a "derecho comunitario" para aludir, entre otros, al efecto directo e inmediato del derecho de la integración en el ámbito interno de los Estados miembros y a la supremacía de ese derecho de la integración sobre aquellos derechos internos".

"Mientras tanto, a través del concepto de 'supranacionalidad' se quiere aludir, estrictamente, a la circunstancia de que alguno de los órganos del proceso de integración estén compuestos por funcionarios que no representan a los Estados de sus respectivas nacionalidades, sino al proceso de integración en sí mismo. Ello sin perjuicio de que existan otros órganos, normalmente los que invisten supremacía jerárquica, cuya composición es en función de representantes de los Estados miembros" [21].

4. Siendo tal el concepto, naturaleza y alcance del derecho comunitario y del derecho de la integración, parece claro que más acá de toda confusión e incertidumbre, está en juego el efecto directo e inmediato del derecho emergente de los órganos que integran el sistema y la supremacía de ese derecho sobre los derechos internos. En suma, que el concepto enunciado en cuanto encierra las notas distintivas expuestas, conlleva una integridad o medida de supranacionalidad.

En vista de lo cual, como sostiene Delpiazzo, podría afirmarse: "Siendo así, parece evidente que, al presente no se posible afirmar la existencia de un dere-

[19] BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 2002, p. 339.

[20] GROS ESPIELL, Héctor, "Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción y de sus protocolos", en AA.VV., *El Derecho de la Integración del Mercosur*, Universidad de Montevideo, 1999, Facultad de Derecho, p. 59.

[21] GAMIO, José M., "Ordenamiento jurídico del Mercosur", en *El Mercosur después de Ouro Preto*, Seminario de la Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, 1995, p. 86.

(normas) supranacional, con efectiva vigencia en el interior de los Estados miembros" [19].

Desde Uruguay, el ex canciller Héctor Gros Espiell ha dicho: "Existe un derecho comunitario cuando se ha producido una transferencia de competencias atribuidas a órganos internos del Estado a órganos comunitarios y cuando hay un tribunal o ente encargado no sólo de dirimir las controversias entre los Estados Partes, sino también de regular la aplicación interna del derecho comunitario y asegurar la primacía sobre el derecho interno. Éste no existe aún en el Mercosur.

Esta conclusión vale no sólo para el Uruguay, sino para todos los Estados Partes en el Tratado de Asunción" [20].

3. Pero, ¿Derecho de la integración o derecho comunitario? Como ha recordado José M. Gamio: "Existe bastante confusión incluso entre los técnicos en derecho de la integración, respecto al verdadero alcance de estos términos".

"No obstante —agrega— la opinión mayoritaria parece referirse a "derecho comunitario" para aludir, entre otros, al efecto directo e inmediato del derecho de la integración en el ámbito interno de los Estados miembros y a la supremacía de ese derecho de la integración sobre aquellos derechos internos".

"Mientras tanto, a través del concepto de 'supranacionalidad' se quiere aludir, estrictamente, a la circunstancia de que alguno de los órganos del proceso de integración estén compuestos por funcionarios que no representan a los Estados de sus respectivas nacionalidades, sino al proceso de integración en sí mismo. Ello sin perjuicio de que existan otros órganos, normalmente los que invisten supremacía jerárquica, cuya composición es en función de representantes de los Estados miembros" [21].

4. Siendo tal el concepto, naturaleza y alcance del derecho comunitario y del derecho de la integración, parece claro que más acá de toda confusión e incertidumbre, está en juego el efecto directo e inmediato del derecho emergente de los órganos que integran el sistema y la supremacía de ese derecho sobre los derechos internos. En suma, que el concepto enunciado en cuanto encierra las notas distintivas expuestas, conlleva una integridad o medida de supranacionalidad.

En vista de lo cual, como sostiene Delpiazzo, podría afirmarse: "Siendo así, parece evidente que, al presente no se posible afirmar la existencia de un dere-

[19] Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 2002, p. 339.

[20] Gros Espiell, Héctor, "Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción y de sus protocolos", en AA.VV., *El Derecho de la Integración del Mercosur*, Universidad de Montevideo, 1999, Facultad de Derecho, p. 59.

[21] Gamio, José M., "Ordenamiento jurídico del Mercosur", en *El Mercosur después de Ouro Preto*, Seminario de la Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, 1995, p. 86.

cho comunitario del Mercosur, resultando quizás preferible hablar de un derecho de la integración en función de la menor intensidad del proceso de integración económica regional, compuesto por las fuentes originarias y derivadas edictadas en el art. 41 del protocolo de Ouro Preto" [22].

5. Y he aquí —en punto a Uruguay— que la doctrina coherentemente uniforme niega al Tratado de Asunción tal alcance, siendo sólo creador de una organización intergubernamental en la cual los Estados Partes, a partir de un principio de igualdad y bajo la fórmula de consuno, disponen y deciden acerca de las distintas materias comprometidas en el tratado (Art. 42 del Protocolo de Ouro Preto) [23].

6. Concluido que sea sobre el carácter del T.A. y protocolos consiguientes, se debe aun contar con que el orden jurídico respectivo no podría haber establecido el mentado orden supranacional sin colidir con la Constitución uruguaya. Veamos, pues, la cuestión objeto del apartado III.

III. La cuestión de Constitucionalidad

1. Con precisa referencia, Delpiazzo recordaba que bajo la vigencia del art. 6°, inc. 2° de la Constitución uruguaya "se inició el itinerario jurídico del Mercosur, principalmente por el Tratado de Asunción y los protocolos de Brasilia y Ouro Preto. Por lo tanto, es a su respecto y también respecto al derecho secundario emanado de los Órganos del sistema regional que se plantea la reflexión acerca de la llamada 'cuestión constitucional', es decir, sobre 'la compatibilidad con una organización internacional que [...] estructura un sistema de órganos capaces de adoptar decisiones válidas en la materia, que obliguen al Estado y que tengan, además, una aplicabilidad directa e inmediata, *erga omnes* en la esfera interna'". [24]

2. La doctrina uruguaya coincide con generalidad en la apertura de Uruguay al proceso integrador en virtud de la norma citada, pero no más allá de la de las fórmulas que impliquen la institucionalización de una organización intergubernamental. Sin embargo, un sector de ella ha entendido que "la fórmula constitucional 'integración económica y social' debe considerarse abarcativa de todas las formas institucionales que puede adoptar la integración, desde aquellas que

[22] Delpiazzo, Carlos E., "El Derecho de la integración frente a la Constitución uruguaya", nota 20, cita a Rodríguez Olivera, Nuri, "Mercosur como instrumento para la creación de un Derecho Comunitario", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, 1992, ps. 39 y ss.

[23] Brito, Mariano R., "Solución de controversias en el Mercosur", en AA.VV., *El Derecho de la integración del Mercosur*, Universidad de Montevideo, 1999, p. 162.

[24] Delpiazzo, C. E., "El Derecho...", cit., p. 62.

se basan sobre esquemas predominantemente intergubernamentales, hasta la forma más avanzada de supranacionalidad" [25].

En los términos de lo que Delpiazzo califica como "posición intermedia", se ha enseñado que es deber del intérprete "proceder a una racional adaptación de la Constitución a la nueva realidad, mediante una interpretación evolutiva y lógica". Y, por esto, agrega, "nada impide que los órganos [...] adopten decisiones y que éstas sean directamente aplicables en el Uruguay, siempre que se refieran a casos que supongan o que impliquen una situación internacional o vinculada con una relación externa o interestatal" [26].

3. Por nuestra parte, hemos concluido que el texto del art. 6°, inc. 2°, de la Constitución no abre las puertas a la vigencia y eficacia directa de un ordenamiento jurídico internacional que en procura de la integración habilite la aplicabilidad directa e inmediata de decisiones de los órganos que se crearan en virtud del sistema institucional emergente del TA y Protocolo de Oruo Preto, por cuanto ella constituye, no un mandato para el legislador y la administración, sino una auténtica directiva política no vinculante; es un cierto "embrión de supranacionalidad" [27] o, en nuestra opinión, un fenómeno de tendencia. Por último, señálase con Delpiazzo que el Protocolo de Ouro Preto, por su art. 2°, atribuye a los órganos de capacidad decisoria "naturaleza intergubernamental" [28], no supranacional.

IV. El Derecho derivado de los órganos del Mercosur. Su naturaleza y eficacia jurídica: ¿es constitutivo de un derecho directamente aplicable?

1. Hemos concluido que el Mercosur no constituye un orden jurídico supranacional.

2. Pero aquí llegamos a una delicada cuestión, en cuanto a la determinación de aquello que el Mercosur es. Se trata de saber si absoluta y universalmente los actos jurídicos de los órganos con capacidad decisoria de la persona jurídica Mercosur no pueden ser objeto de aplicación directa o —en otros tér-

[25] Delpiazzo, C. E., "El Derecho...", cit., p. 62, con la cita de autores y obras.

[26] Delpiazzo, C. E., "El Derecho...", cit., p. 63, citando a Gros Espiell, Héctor, "La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya", en *Temas Jurídicos F.C.U.*, nro. 1, Montevideo, 1968, p. 37.

[27] Delpiazzo, C. E., "El Derecho...", cit., p. 64.

[28] Delpiazzo, C. E., "El Derecho...", cit., p. 64.

minos— si deben pasar necesariamente por un ineludible procedimiento de internalización [29].

No está comprometido aquí el derecho originario que contiene prescripciones de aplicación directa, sino el derecho derivado.

2.1. Puede observarse en orden a la regla de la trasposición necesaria:

- Las reglas de los arts. 38 y 40.
- La norma del art. 42 previendo la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.
- Di Biase entiende que "las decisiones que toma el Mercosur no son de aplicación directa en el interior de cada uno de los actos del Mercosur para que se conviertan en actos propios". Para ello toma en cuenta que "la única fuente posible de decisiones supranacionales tiene que ver exclusivamente con la solución de controversias" (Ver *infra)* [30].
- Durán al respecto afirma: "Naturalmente las normas del Derecho originario resultan obligatorias. También las del Derecho derivado son obligatorias para los Estados Partes. Pero estas últimas deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (art. 42)". Y aún añade: "La delegación uruguaya que negoció el Protocolo de Ouro Preto pugnó por la aplicación inmediata del Derecho derivado, pero ello no fue posible" [31].

2.2. La general conclusión afirmada es recogida y aceptada por nuestra parte, con reconocimiento de la sólida argumentación que la funda, pero nos merece una reserva o atenuación a la que nos referimos más adelante.

3. Parafraseando a Abal, reconoceremos ante todo una dificultad: "...corresponde también señalar que no es demasiado fácil para un procesalista (administrativista, en nuestro caso) analizar normas que, aunque procesales (aunque con connotaciones de derecho administrativo en lo que a nosotros hace), integren el derecho internacional" [32]. No es el nuestro el estudio de derecho

[29] *Protocolo de Ouro Preto*, "El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional" (art. 34). Y: "Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur" (art. 2º).

[30] Di Biase, Héctor N., "Introducción...", cit., p. 24.

[31] Durán Martínez, Augusto, cit., p. 31.

[32] Abal Oliú, Alejandro, "Solución de Controversias en el Mercosur. Aspectos procesales", en *El Mercosur después de Ouro Preto*, p. 143.

Internacional ni el propio del derecho procesal. Para nuestro objetivo se ha de atender primaria y fundamentalmente al ámbito material o de derecho [...] del régimen del Mercosur: *derechos y obligaciones que emergen del Tratado de Asunción, Acuerdos y Protocolos entre los Estados Partes y actos de sus órganos con capacidad decisoria* atinentes a cuestiones de derecho administrativo. Está en juego determinar cuál sea el ordenamiento jurídico administrativo aplicable, establecido por el Protocolo de Brasilia y las normas del Protocolo de Ouro Preto para la solución de cuestiones controversiales o litigiosas, desde el ángulo sustantivo (materia u objeto comprometido).

4. De acuerdo con el régimen consagrado en el Protocolo de Brasilia —con la limitación efectuada—, la solución de las controversias reclama unas precisiones relevantes:

4.1 No existe en el Tratado de Asunción ni en los consecuentes (Acuerdos y Protocolos) un órgano jurisdiccional habilitado para decir el derecho con fuerza de verdad legal y autoridad de cosa juzgada. El sistema carece de un tribunal de justicia. Tampoco podría crearse por acto de los órganos del Mercosur, ya que atribuida su competencia a texto expreso, la facultad mencionada no se halla presente entre las suyas.

4.2 En el ordenamiento jurídico del Mercosur, el derecho derivado no podrá ser objeto de aplicación directa. Sin embargo, aparece aquí la atenuación o reserva que nos parece posible advertir. No necesaria ni universalmente los actos jurídicos de los órganos con capacidad decisoria requerirán su trasposición al derecho interno, sí *"cuando sea necesario"*.

La necesidad apuntada habla de la internalización a través de los procedimientos referidos en el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, a que se remite su art. 40, literal i., pero las medidas que sean necesarias para alcanzar aquel resultado *"cuando sea necesario"* (art. 42).

Cierto es que habrá una dificultad para la determinación respectiva, pero esto no descarta la regla del art. 42 ya mencionada: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2° de este Protocolo tendrán carácter obligatorio...".

La aplicación directa e inmediata no tendrá lugar cuando fuere necesaria la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes mediante los procedimientos previstos por la legislación nacional [33]. No será ne-

[33] MANGAS MARTÍN, Aracelli, "Relaciones entre Derecho somunitario y derecho interno", en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1ª ed., Madrid, 1993, p. 56. El autor muestra con precisión que la "eficacia directa de las normas comunitarias significa que éstas deben desplegar por sí mismas, plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez".

cesaria, por el contrario, esa incorporación cuando los actos consagren derechos y obligaciones pura y simplemente en condiciones de certeza jurídica en cuanto a su objeto, nacimiento y aplicación en fechas determinadas —o en iguales condiciones— coordinen conductas administrativas para hacer posible un resultado consensuado por los Estados Parte [34]. Bastaría pensar en decisiones, resoluciones y directivas que no supongan o reclamen la intervención de medidas de aplicación de autoridades nacionales o en aquellos casos en que la norma de los órganos con capacidad decisoria sea clara y precisa e incondicional. Tal vez sería también para pensar si, para el ámbito examinado, no correspondería circunscribir la transposición interna a la hipótesis en que la intervención ulterior del Estado Parte es un complemento indispensable sin el cual no pudiera aplicarse [35].

La distinción o advertencia planteada es relevante en virtud de que no hay en el régimen jurídico del Mercosur previsión de recurso de omisión, como sí la hay en el Tratado de Roma [36].

La actuación del Tribunal Arbitral tendría ante sí, para la solución de controversias, no sólo el derecho derivado internalizado, sino también aquel que resultaría de aplicación directa en tanto y en cuanto no necesitara de un procedimiento nacional al efecto y en tanto no se trate de materia de reserva de la ley según el respectivo orden jurídico de los Estados Parte.

5. La jurisprudencia administrativa que se va haciendo con la actuación de los órganos con capacidad decisoria estaría mostrando ya un camino andadero en el sentido expuesto. Véase cuanto sigue:

En el BOM se establece una "Nota del Editor" que especifica:

"Teniendo en cuenta que la incorporación al derecho interno de las Partes no es simultánea en todos los Estados signatarios del Tratado de Asunción, se aclara que *las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del Mercosur, no se encuentran necesariamente incorporadas y en vigor a la fecha, en el ordenamiento jurídico interno de todos los Estados Partes*".

Parece, sin duda, confirmar la regla de la necesidad de la transposición en el derecho interno. Sin embargo, la operación administrativa de los órganos del Mercosur revela múltiples actos que establecen pura y simplemente regula-

[34] Véase —a vía de ejemplo— la Resolución del Grupo Mercado Común, 71/1997 de 13/12/1997, sobre Sistema de Distribución de Señales Multipunto Multicanal en el Mercosur (MMDS) que entró en vigor el 15/1/1998 (art. 2º), publicada en BOM, año II, nro. 6, Montevideo, julio-septiembre 1988, p. 154. Diversamente, es muy frecuente que los actos jurídicos emanados de los órganos con capacidad decisoria establezcan que "Los organismos competentes de los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes a efectos de dar cumplimiento a los dispuesto en la presente Resolución" (ver Resol. 51/1997 del GMC, Reglamento Técnico sobre Criterios Generales de Metrología Legal) - BOM, nro. 6, cit, p. 55).

[35] MANGAS MARTÍN, Aracelli, "Relaciones...", cit., *supra*, nro. 18, p. 62.

[36] Tratado de Roma, art. 175.

ciones, sin condicionamiento a internalización alguna, y aun con fecha de vigencia cierta.

Ejemplos administrativos de esta afirmación:

- Resoluciones 44/1997 y 45/1997, 13/12/1997, del GMC, por las que se resuelve aprobar el Ajuste de la Nomenclatura Común del Mercosur y su Arancel Externo Común, con vigencia 1/1/1998.
- Resolución 46/1997 del 13/12/1997, GMC, por la que se aprueba el Reglamento Técnico del Mercosur para Productos Domisanitarios a base de Hipoclorito, con vigencia antes del 15/6/1998 [37].
- En igual sentido, la Resolución del GMC 71/1997 sobre Sistemas de Distribución de Señales Multipunto Multicanal en el Mercosur (MMDS) que entró en vigor el 15/1/1998, cit. En nota 34.

Por otra parte, es necesario distinguir entre "los procedimientos previstos por la legislación de cada país" (art. 42 del Protocolo de Ouro Preto) para la incorporación al orden jurídico interno —que ordinariamente serán actos legislativos (leyes en sentido formal, derecho uruguayo, Constitución art. 85.3°)— y las medidas meramente administrativas, de aplicación o ejecución, que puedan dictar los órganos del Mercosur con capacidad decisoria, aunque algunas de ellas tengan carácter reglamentario, pero que no incursionen en esfera reservada a la ley.

De la manera expuesta queda a salvo el principio de "reserva de la ley" y "de las competencias constitucionales del Poder Legislativo, que por cierto no han sido delegadas en los órganos intergubernamentales del Mercosur" [38].

6. También es necesario destacar que la apuntada reserva legislativa —criterio que abona en sus supuestos la necesaria trasposición al derecho interno— no es aplicable a la hipótesis de adopción de medidas puramente administrativas de orden interno para la ejecución o aplicación de los actos de los órganos del Mercosur con capacidad decisoria. Ellas no serán más que actos administrativos internos, legítimos en la medida que respeten la supremacía constitucional y legal. El control de su legalidad quedará a cargo de los órganos competentes de la jurisdicción nacional. En tal supuesto, el dictado del acto administrativo local —acto de aplicación de la decisión del sistema Mercosur— llevaría a habilitar el juzgamiento por el órgano de la jurisdicción nacional de la validez de ésta (la decisión, resolución o directiva) y, eventualmente, a detectar vicios que pudieran afectar de nulidad a dicha decisión, resolución o di-

[37] BOM, año II, nro. 6, cit., ps. 14 y 15.

[38] FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "Nota a la sentencia 1016/1998, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo", en *La Justicia Uruguaya*, t. 119, enero-febrero 1999, ps. 94 ss.

rectiva (así lo ha afirmado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1016/1998) [39].

7. Cuando afirmamos la competencia de los órganos de la jurisdicción nacional para juzgar la legalidad de los actos administrativos de aplicación o ejecución, no descontamos su aptitud para juzgar también los propios actos de los órganos del Mercosur que ejerzan su capacidad decisoria para verificar si ellos han sido dictados con arreglo a la competencia atribuida por el Tratado de Asunción, Acuerdos complementarios y Protocolos aplicables.

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

1. El derecho administrativo, frente a los procesos de integración, ha de verse como poderoso instrumento ordenador —y, como tal, no neutro ni aséptico—, antes bien al servicio de una voluntad política de base constitucional para las organizaciones y comunidades intergubernamentales, internacionales o supranacionales y comunitarias —según el caso— desde los parámetros mismos que lo conforman en el estado del derecho democrático contemporáneo.

2. Ante todo debe encarar la integración desde una correcta visión antropológica (la propia del hombre dotado con la primacía de la dignidad fundada en la vida humana, abierto a la libertad, y de razón y principio espiritual que reclama en él el derecho a la verdad, y lleva consigo la responsabilidad).

3. Ya el rasgo definido —la primacía de esa dignidad— proclama de suyo los clamores del derecho a la protección y al disfrute igualitario.

4. Pero para el derecho administrativo surge sin equívoco posible un nuevo elemento de cara a su quehacer al servicio de la integración: el hombre no es un ser *a se* sino *ab alio*. De su misma naturaleza surge que tiene la obligación de conservar su ser recibido, su vida y su integridad corporal, y de tender a su perfección y a dar respuesta al reclamo de sentido de su vida, así como que dotado de una naturaleza esencialmente social tiende a una perfección que no puede alcanzar en estado de aislamiento [40]. Él es partícipe del bien común y a él también se debe. El derecho administrativo de la integración aparece, entonces, determinado por los reclamos existenciales de un ser social, que lleva consigo deberes en relación de alteridad.

5. En suma, entendemos procedente para el derecho administrativo la afirmación y reclamo, desde y por la integración, de un quehacer operativo para el

[39] Ver sentencia cit. En nota 38.

[40] BARBE PÉREZ, Héctor, "Raíces hispánicas de la protección del administrado en nuestro derecho", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1982, Año XXVI, Enero-junio, No. 1, p. 16.

bien común y éste, participado [41]. Por lo cual, su operación ha de ser instrumental para generalizar el bien, con su doble dimensión, común y particular [42]. De donde se sigue que los entes y órganos de la integración han de existir para servir en igualdad a los diversos Estados Partes y a las comunidades sociales y a quienes los integran.

6. De tales principios y criterios surgen y se desarrollan aquellos consecuentes que han de guiar las relaciones de integración entre los Estados que concurren a ella y sus alcances.

Si en tanto de alguna manera y con intensidad variable según sus grados de desarrollo e institucionalización, las formas de integración suponen un sometimiento a un derecho originario supraestatal, se hallare u ocurriese que quienes son designados o electos para ejercer el poder, abusaren de él, comprometiéndolo en un uso dañoso para la comunidad, los Estados Parte han de recuperar sus derechos.

También podrá reflexionarse que por el ingreso al orden institucional de integración ni los Estados, menos aún cada hombre, renuncian ni pierden sus derechos individuales a ellos inherentes.

Recuerda Barbé a Francisco de Vitoria, citando con Tomás de Aquino este principio de oro: "Homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum et secundum omnia. Sed totum quod homo est, et quod potest et habet, ordinatum est ad Deum".

Vitoria no aceptará jamás el sacrificio individual del hombre en aras de la omnipotencia del Estado [43].

7. Como recuerda Barbé, "Vitoria, con sus teorías jurídicas dio el golpe de gracia a la ilusión medieval un poco amorfa e inorgánica del imperio universal y del imperialismo teocrático. Pero la sustituye por un concepto de comunidad internacional a la que pertenecen todos los hombres en virtud de su naturaleza social anterior y superior a la división en naciones. Esa sociedad universal se rige por el derecho natural y, además, por el de gentes. Todavía no tiene su órgano unitario y adecuado para ejercer la autoridad que la orienta al bien común. Pero es posible y deseable la agrupación de las naciones perfectas, autónomas e independientes, bajo un poder universal, libremente aceptado por todos o por mayoría" [44]. Bien pude verse allí un germen de ideas y criterios sobre la integración que también alcancen o vinculen al derecho administrativo de la integración a la hora de estar frente a los procesos respectivos. Es que ellas constituyen los límites basilares de su operación en el ámbito respectivo y su invariable clave de bóveda.

[41] Brito, Mariano R., *Derecho...*, cit., p. 635.

[42] T.A.

[43] Barbé Pérez, H., "Raíces hispánicas...", cit., p. 20, nota 1, citando a Francisco De Vitoria.

[44] Barbé Pérez, H., "Raíces hispánicas...", cit., p. 22.

8. Para concluir permítaseme citar a José Gervasio Artigas cuando se dirigía al Cabildo Gobernador de Corrientes, en comunicación de 5 de marzo de 1817, con trasunto de "La vocación americanista de los orientales", según habría de llamarla más tarde nuestro historiador Felipe Ferreiro [45].

> "Acabo de saber oficialmente el triunfo que han conseguido en Chile *las armas de la Patria*, contra el poder de los tiranos. Me es muy satisfactorio anunciar a V.S. este suceso para que sea celebrado en esa provincia como se ha verificado en las demás. Yo celebraría que ese triunfo sirviese de ejemplar para dirigir con eficacia nuestro empeños contra los que hoy intentan nuestra subyugación, y en el Oriente se hiciesen igualmente respetables las armas de la Patria y se repitiesen las glorias que supieron adquirir por su energía y virtudes" [46].
>
> "El concepto que Artigas tenía de la Patria y que surge del documento enviado al Cabildo de Corrientes antes referido, era idéntico, por lo demás, al de otros indianos. Así, en el 'Satélite del Peruano', periódico de propaganda continentalista, se expresaba en 1812:
>
> "Por *Patria* entendemos toda la vasta extensión de ambas Américas: comencemos a dejar de ser egoístas, y a renunciar para siempre esas ridículas rivalidades de provincias originadas de la ignorancia y preocupación, fuentes de males infinitos'.
>
> *'Todos cuanto habitamos el Nuevo Mundo somos hermanos, todos de una misma familia, todos tenemos unos solos intereses'*" [47].

También Artigas, escribiendo a Bolívar en 1819, le decía en cierta parte de la comunicación:

> "Unidos íntimamente por vínculos de naturaleza y de intereses recíprocos luchamos contra tiranos que intentan profanar nuestros más sagrados derechos. La variedad en los acontecimientos de la Revolución y la inmensa distancia que nos separa, me ha privado la dulce satisfacción de impartirle tan feliz anuncio". Y más adelante: "No puedo ser más expresivo en mis deseos que ofertando a V.E. la mayor cordialidad por la mejor armonía y la unión más estrecha. Firmarla es obra de sostén por intereses recíprocos. Por mi parte nada será increpable, y espero que V.E. corresponderá escrupulosamente a esta indicación de mi deseo" [48].

[45] FERREIRO, Felipe, *La disgregación del Reyno de Indias*, Montevideo, 1981, p. 195.
[46] FERREIRO, F., *La disgregación...*, cit., p. 195.
[47] FERREIRO, F., *La disgregación...*, cit., p. 195.
[48] FERREIRO, F., *La disgregación...*, cit., p. 195.

Ya años antes, con palabras que escribió al coronel French (1813) en una hora grave de su vida, decía Artigas:

"La libertad de América es y será siempre el objeto de mi anhelo. Si mi honor empañado ahora por la conducta maligna de Sarratea, hace oír el grito de mi defensa, mi honradez nivelará mis pasos consiguientes, sin envilecerme jamás. Un lance funesto podrá arrancarme la vida, pero mi honor será siempre salvo, y *nunca la América podrá sonrojarse de mi nacimiento en ella*" [49].

Y recuerda Ferreira:

"¡Coincidencia admirable! Hablando San Martín en 1819, dijo en otros términos pensamientos sustancialmente iguales a los de Artigas:

'Desde que abandoné el servicio de la España para venir a sostener la justa causa que defiende la América del Sud, mi país, me propuse no defenderme jamás de los ataques'" [50].

[49] FERREIRO, F., *La disgregación...*, cit., p. 195.
[50] FERREIRO, F., *La disgregación...*, cit., p. 195.

Capítulo IV

LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU REGULACIÓN. AGENCIAS REGULADORAS INDEPENDIENTES PÚBLICAS

EL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

por Jorge Fernández Ruiz*

Es un hecho incontrovertible la asimetría de las economías de los Estados de la comunidad internacional y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de éstos, circunstancia que redunda en requerimientos distintos de categorías, instituciones y normas jurídicas, reflejada en la variedad de sistemas y órdenes jurídicos vigentes que registra el derecho comparado, lo cual ocurre, en buena medida, porque lo que es bueno para los países desarrollados, no siempre lo será para los subdesarrollados; ya que los primeros exportan capital, tecnología y productos terminados; los segundos exportan deuda, mano de obra y materias primas; las referidas potencias extranjeras exportan industrias maquiladoras para evitarse problemas de degradación del ambiente, en tanto que México las importa, junto con el riesgo del manejo de sustancias tóxicas y peligrosas; por ello, los intereses de la Coca-cola, de la Mc Donald's y de la Texaco no son los mismos intereses de los mexicanos y de las auténticas empresas de México.

La anterior reflexión viene a colación porque algunos autores promueven la idea de que el servicio público ha perdido su razón de ser, habida cuenta de la transformación radical de las circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales que le dieron origen; en esta tesitura, el profesor Gaspar Ariño Ortiz ha señalado: "El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy —como dice José Luis Villar— hay que hacerle un digno entierro" [1]. Mas la opinión, muy

* Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Ariño Ortiz, Gaspar, *et al.*, "Significado actual de la noción del servicio público", en *El nuevo servicio público.*

respetable, del distinguido jurista español quizá pudiera ser aplicable a España —aun cuando contradiga el artículo 128 de la Constitución española—, en su calidad de miembro de la Unión Europea, mas no es válida para todos los países, dada la asimetría de sus economías y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de éstos, toda vez que en algunos la idea de servicio público sigue siendo un instrumento de gran valía.

Hace ya casi dos siglos y medio que el célebre ginebrino Juan Jacobo Rousseau acuñara en las páginas de *El contrato social* la expresión "servicio público" —que años después se volvería moneda corriente en el léxico jurídico-político—, con un significado de actividad personal obligatoria en beneficio del Estado, al afirmar: "Desde el instante en que el servicio público deja de ser el principal interés de los ciudadanos y que prefieren servir con su bolsa, antes que con su persona, el Estado se encuentra ya cerca de su ruina" [2].

Si bien es cierto que la expresión "servicio público" aparece en las páginas de *El contrato social*, publicado por vez primera en 1762, también lo es que durante un siglo la idea del servicio público deambula por los textos legales, jurisprudenciales, doctrinales y legales, como una nebulosa sin rumbo fijo, por no ser más que una idea ubicua e imprecisa.

Este año, precisamente el 16 de diciembre, se cumplirá el sesquicentenario de la emisión, en Francia, del *arrêt* Rotschild, cuyas ideas inspiraron al comisario David en la elaboración de sus conclusiones que, a su vez, orientaron al Tribunal de Conflictos en la elaboración del célebre *arrêt* Blanco dictado el 6 de febrero de 1873, rescatado en su esencia por Georges Teissier para proponer al servicio público como el fundamento de una teoría integral de la competencia y aun del derecho administrativo, expuesta en su tratado *La responsabilité de la puissance publique* [3], en clara adhesión a las ideas de referencia, conforme a las cuales el servicio público emerge como un subproducto del deslinde de competencias.

Tras de su redescubrimiento por Teissier en 1906, las ideas y nociones del *arrêt* Blanco sobre el servicio público fueron cada vez más citadas y empleadas en las resoluciones de los tribunales franceses ordinarios, administrativos y de conflictos; Teissier mismo, por ejemplo, las utilizó en sus conclusiones para el *arrêt* Feutry.

Mas la noción del servicio público no se redujo a una pauta para el deslinde de competencias ni tampoco se circunscribió a la jurisprudencia francesa, sino que incrementó tremendamente su importancia e impactó fuertemente en la doc-

[2] Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. Consuelo Berges, 7ª ed., 1965, p. 174. Hay quienes sugieren que el bayonés naturalizado español, Francisco Conde de Cabarrús (1752-1810), fue el primero en utilizar la expresión "servicio público". Ver Villar Escurra, José L., *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 20.

[3] Teissier, Georges, *La responsabilité de la puissance publique*, Paul Dupont Editeur, París, 1906.

trina, al grado que el profesor de la Universidad de Burdeos, León Duguit, fundador de la llamada Escuela de Burdeos, consideró que la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público, porque en su opinión "El Estado no es un poder que manda, es un grupo de individuos que tiene una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos. La noción de servicio público deviene la noción fundamental del derecho público moderno" [4].

Empero, la importancia y magnitud que Duguit pretendió dar a la noción de servicio público no pudo mantenerse por mucho tiempo, como se comprueba actualmente en México, donde se le considera como una parte de la actividad de la administración pública.

A la reducción de la importancia de la noción del servicio público se agrega la circunstancia de que su diseño y desarrollo se ha visto afectado seriamente por un problema de carácter semántico, cuya consecuencia consiste tanto en denominar de distinta manera una misma actividad, como en emplear una misma denominación para varias actividades diferentes; por tal motivo, lo que para unos autores es servicio público, para otros viene a ser función pública o cometido esencial y viceversa, que con esos y otros nombres llaman a una misma actividad, sin ponerse de acuerdo en ese diálogo de sordos al que se refiere Marcel Walline, en el que "no hay posibilidad de entendimiento cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras" [5].

En México ha logrado consenso considerar al servicio público —en una de sus acepciones— como una actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales iguales, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado; esta idea está implícita en diversos artículos constitucionales que hacen referencia a servicios públicos específicos, como el de educación, el de correos, el de telégrafos, el de transporte ferroviario, el de suministro de energía eléctrica, el de suministro de agua potable, el de drenaje, el de alumbrado público, el de limpieza y recolección de residuos sólidos, el de panteones y el de rastro.

Empero, la Constitución mexicana emplea también la locución "servicio público", en el sentido de actividad personal —obligatoria o no— realizada en beneficio del Estado, con o sin remuneración, o sea, de empleo o cargo público remunerado o no, de actividad a desarrollar en ejercicio del poder público, así como de organización de medios para desempeño de tareas gubernamentales o logro de fines estatales.

Entendido como satisfactor de necesidades de carácter general, el servicio público es una técnica de protección al usuario que permite colectivizar la satis-

[4] DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público*, trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, p. 85.

[5] WALLINE, Marcel, "La noción de servicio público", LL, t. 75, julio-septiembre, Buenos Aires, 1954, p. 1.

facción de necesidades de carácter general, con lo cual se evita que cada usuario se procure la satisfacción de su propia necesidad, lo que redunda en una división del trabajo, en una reducción del costo del satisfactor y una mayor calidad del mismo; por ello debe figurar entre los objetivos del Estado mexicano —con 60 de los 104 millones de habitantes sumidos en la pobreza— asegurar la prestación de los servicios públicos de la mejor manera posible y velar por la seguridad y el interés de sus usuarios, por lo que habrá de perfeccionarse su marco jurídico, para lo cual es necesario diferenciar al servicio público de la función pública, de la obra pública y de otras actividades socioeconómicas de interés público.

I. La función pública

Se puede explicar la función pública, como la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad —de donde su indelegabilidad—, cuya realización atiende al interés público. En la función pública se pueden distinguir distintas clases, entre las que destacan la función legislativa, la función jurisdiccional y la función administrativa. Con gran acierto, el respetado jurista argentino Manuel María Díez propuso que "el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial" [6].

En opinión formulada en similar sentido por el profesor francés Raymond Carré de Malberg: "Se entiende por funciones estatales, en derecho público, las diferentes actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio, de la potestad estatal [7]".

Entendida en ese sentido de expresión de la potestad estatal, el Estado mexicano ejerce la función pública en sus diversos ámbitos de competencia: federación, entidades federativas y municipios, a través de los respectivos órganos del poder público. Acerca de la distribución de competencias entre la Federación y los Estados miembros de ésta, el artículo 124 constitucional previene que las facultades no atribuidas expresamente por la propia Constitución a la Federación se entienden reservadas a los Estados. Una y otros, en el ámbito de sus respectivas competencias, ejercen ostensiblemente las funciones públicas primarias: legislativa, administrativa y judicial, así como las funciones públicas emergentes, como la electoral y la de fiscalización, por citar sólo dos.

[6] Díez, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 187.

[7] Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, trad. José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 249.

Al igual que el Estado, el municipio tiene atribuida formal y materialmente funciones administrativas, cual es, por ejemplo, la de administrar libremente su hacienda; y aun cuando carece formalmente de la función legislativa —habida cuenta que no puede expedir leyes en sentido formal—, la tiene atribuida materialmente, por estar facultado para expedir bandos y reglamentos, que en sentido material se consideran como leyes, dada su abstracción, impersonalidad, generalidad, obligatoriedad y coercitividad. Respecto de la función jurisdiccional, el municipio mexicano carece formalmente de ella, pero la tiene encomendada materialmente, y la ejerce a través de la llamada *justicia municipal de barandilla*.

1. La función legislativa

El ejercicio de la función legislativa conlleva la potestad y el imperio del Estado, al imponer patrones de actuación a la conducta externa humana a través de normas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas; en ejercicio de dicha función el Estado crea, modifica, adiciona, deroga y abroga la ley.

Como cualquier otra función del Estado, la legislativa lo puede ser en sentido formal y en sentido material; hablamos de función formalmente legislativa cuando es ejercitada por los órganos específicamente previstos por la Constitución para tal efecto; como apuntara Gabino Fraga: "La función legislativa, desde el punto de vista formal, es la actividad que el Estado realiza por conducto de los órganos que de acuerdo con el régimen constitucional forman el Poder legislativo" [8].

El artículo 70 constitucional, en sentido formal, previene que toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto. De dicho sentido de la función legislativa se infiere el principio de la *autoridad formal de la ley* conforme al cual las resoluciones del Poder Legislativo sólo pueden ser interpretadas, reformadas, adicionadas, derogadas y abrogadas por otra resolución del mismo Poder y bajo los mismos procedimientos empleados para su creación original; así lo previene en su inciso f) el artículo 72 constitucional, al disponer: "En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

En cambio, la función materialmente legislativa será, con prescindencia del órgano que la ejerza, la que produzca normas jurídicas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, cuales son no sólo las leyes emitidas por el Congreso, sino también los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad que le confiere la fracción I del artículo 89 constitucional, y los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de

[8] FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 35ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 37

escalafón y régimen disciplinario del Poder Judicial de la Federación, expedidos por el Consejo de la Judicatura Federal, en ejercicio de la atribución que le asigna la fracción II del artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal; así como los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos municipales aprobados por los ayuntamientos, con base en la fracción II del artículo 115 constitucional.

Asumirá la función legislativa el doble sentido formal y material, siempre que sea producto de la actividad del Poder Legislativo y se traduzca en leyes o normas jurídicas de carácter general, abstracto, impersonal y coercitivo.

2. *La función jurisdiccional*

Entre las funciones primarias del Estado aparece la jurisdiccional, la cual también admite la distinción de función formalmente jurisdiccional, que en el ámbito federal viene a ser la actividad realizada mediante los órganos depositarios del Poder Judicial previstos en el artículo 94 constitucional, a saber: Suprema Corte de Justicia, Tribunal Electoral, tribunales colegiados y unitarios de circuito, y juzgados de Distrito; en tanto que la función materialmente jurisdiccional, independientemente de quién la ejerza, tiene por objeto *iuris dictio*, o sea, declarar el derecho, aplicar la ley en caso de controversias o conflictos suscitados entre los particulares, entre éstos y los órganos del Estado, así como en los surgidos entre los órganos del Estado, mediante la resolución respectiva contenida generalmente en la sentencia, que asume fuerza de verdad definitiva; porque como dijera Georg Jellinek: "La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones o intereses jurídicos" [9].

La función jurisdiccional, en sentido material, es ejercida no sólo por los órganos depositarios del Poder Judicial, sino también por los de los Poderes Legislativo y Ejecutivo; así, por ejemplo, el Senado de la República asume el ejercicio de función materialmente jurisdiccional cuando se erige en jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho.

De la misma manera, el Presidente de la República, en su carácter de depositario del Poder Ejecutivo, también asume el ejercicio de función materialmente jurisdiccional, por ejemplo, al conceder, en los términos previstos en las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de la competencia de los tribunales federales.

[9] JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, 2ª ed., trad. Fernando de los Ríos Urruti, Compañía Editorial Continental, México, 1958, p. 497.

3. La función administrativa

La función administrativa, a diferencia de la legislativa y de la jurisdiccional —que se pueden considerar funciones públicas intermitentes—, requiere de ejercicio permanente y constante; prueba de ello es que los órganos legislativos se reúnen sólo durante sus períodos de sesiones y los órganos judiciales actúan dentro de ciertos horarios de determinados días de la semana en ejercicio de sus funciones, en tanto que las funciones administrativas se desempeñan permanente y constantemente; así las corporaciones policiales, por ejemplo, actúan en el mantenimiento del orden público y de la seguridad pública las veinticuatro horas de los 365 ó 366 días del año [10].

Mas, toda vez que la función administrativa resulta ser de muy difícil acotamiento y precisión, algunos autores tratan de definirla por exclusión de la función legislativa y de la jurisdiccional, al decir que será administrativa toda función pública diferente de la legislativa y judicial [11]; lo que dista mucho de determinar su género próximo y diferencia específica, aunado a lo cual, la aparición de funciones administrativas emergentes, como la fiscalizadora, la electoral, la de regulación monetaria y la registral, hacen actualmente inaceptable ese procedimiento definitorio.

Como toda función pública, la función administrativa tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, distintas de las necesidades de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, en las que podemos identificar o escindir nuestra propia necesidad; el ejercicio de la función administrativa implica el cumplimiento del mandato legal con miras al logro de los fines del Estado, concretamente del bien público, del establecimiento y mantenimiento de la paz y del orden públicos; en este sentido Hans Kelsen afirma: "Defínese la administración como aquella actividad del Estado encaminada al cumplimiento de los fines y tareas del mismo, especialmente los fines de poder y de cultura" [12].

Formalmente, la función administrativa se atribuye al órgano depositario del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que quienes tienen a su cargo los otros Poderes, en ciertos casos, la ejerciten materialmente, como ocurriría si el Congreso determinara cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación, o como acontece cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación nombra a su secretario general de acuerdos y demás funcionarios a que se refiere la fracción XIV del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

[10] Ver JELLINEK, G., *Teoría...*, cit., p. 498.

[11] En este sentido, Jellinek sostiene que "puede designarse como administración toda la actividad del Estado que queda, una vez separada la legislación y la actividad jurisdiccional" (JELLINEK, G., *Teoría...*, cit., p. 499).

[12] KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1979, p. 309.

4. Las funciones emergentes

En el orden jurídico mexicano, aparecen como funciones públicas de nuevo cuño, que emergen con identidad propia, la de fiscalización o control, la electoral, la de regulación monetaria y la registral, las cuales ya han cobrado entidad, identidad y autonomía en el constitucionalismo moderno.

4.1. Función fiscalizadora o de control

El artífice de la unidad italiana, Camilo Benso, conde de Cavour, hacía notar, a mediados del siglo XIX, que los actos más importantes del gobierno "son aquellos que se relacionan con el tesoro público, y, por tanto, deben ofrecer a los contribuyentes, que sacrifican parte de sus riquezas en beneficio del Estado, la seguridad de que los dineros se recaudan legalmente y se invierten en sus verdaderos destinos" [13].

La historia señala como uno de los peligros latentes en todo Estado a la posible corrupción de los servidores públicos; el propósito de prevenirla y evitarla contribuye a considerar y reconocer a la fiscalización o control patrimonial del Estado como una función pública cuyo ejercicio requiere del desempeño de una actividad técnica y esencial del ente estatal dirigida a vigilar, verificar, comprobar y evaluar las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado. En opinión de José Trinidad Lanz Cárdenas:

> "se pudiera afirmar, coincidiendo con algunos estudiosos de la materia, que en el campo de la función pública debe entenderse por control el acto contable o técnico que realiza un poder, un órgano o un funcionario que tiene atribuida por la ley la función de examinar la adecuación a la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre de ellos" [14].

Es fácilmente comprobable que toda organización política o social necesita de órganos de control y vigilancia para descubrir las desviaciones de su actuación respecto de las disposiciones establecidas en las normas abstractas e impersonales fijadas para su desempeño y, en consecuencia, corregir tales desviaciones, a efecto de alcanzar los fines, objetivos y metas establecidos.

[13] Informe sobre el proyecto de la ley italiana del 23 de marzo de 1853. Citado por Granoni, Raúl A., *El control de los gastos públicos*, Editorial Argentina de Finanzas y Administración, Buenos Aires, p. 12.

[14] Lanz Cárdenas, José T., *La contraloría y el control interno en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 468.

La fiscalización o vigilancia, verificación, comprobación y evaluación de las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado, tiene por propósito determinar si su actuación se hizo con apego a la normativa jurídica vigente, y puede efectuarse desde el interior de las instituciones públicas encargadas de dicho manejo o desde el exterior de ellas; uno y otro ámbitos, lejos de excluirse, deben complementarse.

En México, tanto las Secretarías de Estado, como la Procuraduría General de la República y las llamadas entidades paraestatales, cuentan, en un primer nivel de vigilancia, con órganos internos de control que, en ejercicio de la función de fiscalización, tratan de descubrir sus fallas y adoptar las medidas necesarias para corregirlas.

En un segundo nivel de vigilancia, el titular del Poder Ejecutivo cuenta con la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, dependencia del Ejecutivo, a la que se atribuye en parte la función de fiscalización, para supervisar la actuación de todas las dependencias y entidades de la administración pública federal, lo que le permite adoptar, dentro de los márgenes previstos por la ley, las medidas correctivas que considera convenientes.

Además, en un tercer nivel existe, en el ámbito federal mexicano, un órgano independiente del Poder Ejecutivo que desde el exterior del Poder Ejecutivo Federal revisa su actuación. Dicho órgano es la Auditoría Superior de la Federación, prevista en el artículo 76 constitucional, a la que se atribuye el ejercicio de la función fiscalizadora.

La Cámara de Diputados, al igual que la de Senadores, ejerce la función fiscalizadora o de control hacia su interior a través de sus respectivas contralorías internas; respecto del Poder Judicial de la Federación su Ley Orgánica dispone:

> Artículo 103. La Contraloría del Poder Judicial de la Federación tendrá a su cargo las facultades de control y la inspección del cumplimiento de las normas de funcionamiento administrativo que rijan a los órganos, servidores públicos y empleados del propio Poder Judicial de la Federación, con excepción de aquellas que correspondan a la Suprema Corte de Justicia.

Por su parte, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos dispone la existencia de sendas contralorías internas en ambas Cámaras, al disponer:

> Artículo 53.
>
> 1. La Cámara (de Diputados) cuenta con su propia Contraloría interna, la que tendrá a su cargo recibir quejas, realizar investigaciones, llevar a cabo auditorías y aplicar los procedimientos y sanciones inherentes a las responsabilidades administrativas de los servidores públicos de la misma.

La Contraloría se ubica en el ámbito de la Conferencia para la Dirección y Programación de los Trabajos Legislativos y deberá presentar a ésta un informe trimestral sobre el cumplimiento de sus funciones. Su titular será nombrado a propuesta de dicha conferencia, por las dos terceras partes de los individuos presentes en el pleno.

(...)

Artículo 112.

1. La Cámara (de senadores) tendrá a su cargo la auditoría interna del ejercicio del presupuesto de egresos de la Cámara, incluyendo los recursos asignados a los grupos parlamentarios, los que deberán presentar a la Contraloría un informe semestral con la debida justificación del uso y destino de los recursos que la Cámara les otorgue.

2. La contraloría presentará al pleno, por conducto de la mesa directiva, un informe semestral sobre el ejercicio del presupuesto de egresos de la Cámara, el cual, una vez aprobado, será remitido por el Presidente de la Cámara a la entidad de fiscalización superior de la Federación para los efectos legales conducentes.

3. Las resoluciones del contralor se darán a conocer previamente a la mesa directiva.

Asimismo, los órganos constitucionales autónomos tienen su propio órgano investido de la facultad de ejercitar la función fiscalizadora o de control; así lo demuestra el caso del Banco de México y el del Instituto Federal Electoral.

4.2. Función electoral

Diversas interpretaciones se han dado a la función electoral, una de ellas predica la teoría del sufragio como función; en consonancia con ella, la doctrina de la democracia popular pretendió erigir al electorado en un órgano del Estado [15], al que se encomienda la función electoral en cuyo ejercicio el cuerpo electoral designa a los ocupantes de los cargos electivos del Estado.

Opuesta a la teoría del sufragio como función aparece la que lo considera como un derecho; en esta corriente doctrinal el profesor Carlos S. Fayt opina que el sufragio "consiste en el derecho político que tienen los miembros del pueblo del Estado de participar en el poder como electores y elegidos, es decir, el derecho a formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, en la organización del Poder" [16].

[15] Ver Xifra Heras, Jorge, *Curso de derecho constitucional*, t. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1962, ps. 424-426.

[16] Fayt, Carlos S., *Sufragio y representación política*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 7.

Al repudio del sufragio como función se agrega el rechazo del cuerpo electoral como órgano del Estado; en este sentido, Germán J. Bidart Campos enfatiza que dicho cuerpo ni siquiera es una colectividad dotada de personalidad, sino sólo un conjunto de individuos con capacidad electoral activa, a cuyo cargo queda una función electoral que no puede entenderse como una función estatal [17].

En el mismo sentido, Paolo Biscaretti di Ruffia niega que el cuerpo electoral integre un órgano estatal, y a pesar de considerar a la función electoral como pública, no la acepta como función estatal, habida cuenta que los electores no actúan en nombre del Estado, sino en nombre propio [18].

En nuestra opinión la función pública es propia de las personas de derecho público que tienen atribuida autoridad: el Estado —Federación, entidades federativas, municipios— y los órganos constitucionales autónomos, por lo que la acción de elegir al ocupante de un cargo público sólo implicará ejercicio de función pública cuando la realice un órgano del Estado, mas no cuando los sufragantes son los individuos integrantes del electorado, por no ser éste un órgano del Estado.

En México, el Congreso de la Unión ejercita materialmente la función electoral, entendida como mecanismo de designación de los ocupantes de los cargos públicos, en los casos previstos en los artículos 73, fracción XXVI, 84 y 85 de la Constitución General de la República, en cuyo cumplimiento debe constituirse en colegio electoral para designar al ciudadano que deba sustituir al Presidente de la República, ya sea con el carácter de sustituto, interino o provisional.

En otra acepción, la locución *función electoral* alude a la función estatal emergente atribuida a órganos del Estado, consistente en organizar y conducir el proceso electoral mediante el cual se designa a quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos; en este sentido, nuestra Constitución acoge la función electoral como función pública estatal, al disponer en la fracción III de su artículo 41:

> La organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. En el ejercicio de esa función estatal, la certeza, la legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores.

[17] Ver Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 143.

[18] Ver Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 320.

4.3. Función de regulación monetaria

Se materializa el dinero mercancía a través de los diferentes productos utilizados en el transcurso de la historia y en diversas latitudes, como medio de pago, en una etapa que rebasa al trueque e implica un paso hacia una economía monetaria; entre otras mercancías utilizadas para el referido efecto figuran: arpones, cacao, cereales, cuero, dientes de ballena y, desde luego, metales, cuyo uso supone una etapa más avanzada en el tránsito a un sistema monetario moderno, por adecuarse más a las características del dinero, y en el caso de los metales preciosos devienen dinero; empero el oro y la plata, aun después de su acuñación, no pierden su carácter de dinero mercancía, lo que da vigencia permanente a la Ley de Gresham.

A partir del inicio de la acuñación monetaria aparece la tendencia de reservar al Estado, o a la institución que éste designe, la creación de dinero, situación que perdura durante mucho tiempo, pues inclusive abarca hasta el siglo XIX, habida cuenta de que los billetes emitidos por los bancos no fueron considerados inicialmente como dinero, circunstancia que permitió durante buen tiempo su libre emisión; mas al atribuirse al billete bancario el carácter monetario, surgió la tendencia de otorgar a un banco, central o de emisión, el monopolio de emitirlo.

La evolución del banco central o de emisión, como institución típica de la teoría bancaria del Estado moderno, lo convierte en depositario de la función pública estatal de regulación monetaria en el país respectivo; así ocurre en México, donde dicha función pública está implícitamente reconocida en el artículo 28 de la Constitución General de la República, que la asigna al Banco Central, al disponer:

> "El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.
>
> "No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia".

4.4. La función registral

Consiste la función pública registral en dar certeza, autenticidad y seguridad jurídica a hechos, actos y situaciones relacionadas con personas o bienes, mediante la sistematización de inscripciones, anotaciones, catálogos e inventarios, que le permita proporcionar información al público, a través de la ejecución del respectivo acto que conlleva la autoridad e imperio del Estado expresado mediante una declaración de voluntad en ejercicio de su potestad registral.

Por tanto, todo registro público debe estar a cargo de una institución de la Administración Pública a quien se encomiende el ejercicio de la función pública registral.

Cabe agregar que tales actos registrales realizados en ejercicio de la potestad del Estado, implícita en ejercicio de la función pública registral, expresan una decisión de una autoridad, cual es la del titular del Registro o del registrador competente, para reconocer derechos u obligaciones, e inscribirlos en el registro respectivo, con la inherente consecuencia de publicidad que ello implica.

La función pública registral se desarrolla en dos vertientes, la primera, de inscripción, merced a la cual se facilita la prueba de los hechos inscritos; la segunda, de publicidad, en cuya virtud podrá conocerse lo inscrito por quien tenga interés en ello; la suma de ambas genera certidumbre y seguridad jurídicas.

Acorde con las anteriores ideas y principios, el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de septiembre de 1987 dispone:

> Art. 1°. El Registro Civil es una institución de orden público e interés social, que tiene por objeto autorizar e inscribir los actos del estado civil de las personas.
>
> Art. 2°. El Registro Civil tiene a su cargo, por conducto de los Jueces del Registro Civil, el desempeño de la función registral del estado civil de las personas, en los términos de lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, este Reglamento y demás ordenamientos aplicables.

5. Consideración adicional sobre la función pública

Como reflexión final acerca de las funciones públicas insistiremos en carácter actividad esencial, intransferible e indelegable, acerca de la cual el jurista español José Antonio García-Trevijano Fos, sostiene que:

> "están de tal forma unidas a la esencia del propio Estado que solamente él puede desarrollarlas directamente. Aun aceptando un criterio pluralista,

tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal, y únicamente el grupo soberano, es decir, el Estado, las asume y las ejercita directamente" [19].

II. El servicio público

Dado su propósito genérico de satisfacer necesidades de carácter general, el servicio público es, también, una actividad muy importante, la cual, cuando se trata del servicio público propiamente dicho, está atribuida a la administración pública, quien la puede realizar directa o indirectamente, en este último caso por medio de particulares, bajo un régimen jurídico de concesión u otro similar.

El servicio público entraña la aspiración solidaria de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica satisfactora de la necesidad de carácter general, en la que cada quien puede identificar su propia necesidad individual; mas esta idea no surge súbitamente, sino que resulta ser producto de un laborioso proceso teórico de elaboración en el que coparticipan la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

1. Criterios para determinar el caracter público de un servicio

Existe una fuerte discrepancia doctrinal acerca del criterio para determinar el carácter público de un servicio: para unos, el acento público lo pone el órgano a cuyo cargo corre su prestación, pues, a su juicio, sólo los órganos públicos pueden gestionar tal servicio: criterio orgánico; para otros, el calificativo público lo aporta el régimen jurídico exorbitante del derecho privado a que se somete el procedimiento de su organización y funcionamiento: criterio jurídico; no son pocos los que rechazan ambos criterios definitorios del carácter público del servicio, porque, en su opinión, tal rasgo lo habrá de imprimir el objeto de éste: criterio funcional; o, en fin, su reconocimiento por la ley: criterio legal.

En síntesis, podríamos resumir los principales criterios empleados en la determinación del carácter público de un servicio dado, en el orgánico, el funcional, el jurídico y el legal, con la aclaración de que suelen emplearse varios criterios en la elaboración de cada concepto o definición de servicio público.

[19] García-Trevijano Fos, José A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, vol. 1, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, ps. 39-40.

2. La división del servicio

El servicio público, como acabamos de ver, se ha tratado de explicar de acuerdo con diversos criterios, entre los que destacan el orgánico y el funcional, cuya contraposición el profesor italiano Arnaldo de Valles propuso resolver mediante la distinción de los servicios públicos en propios e impropios.

3.1. Servicio público propio

En el esquema del profesor De Valles, el servicio público puede explicarse como una actividad técnica destinada al público para satisfacer una necesidad de carácter general, bajo un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado; cuando tal actividad la reconoce la ley como servicio público y la desempeña directamente la Administración Pública o, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución, por ejemplo, bajo el régimen de concesión, estaremos frente a un servicio público propio o propiamente dicho.

3.2. Servicio público impropio

Mas, si la actividad técnica satisfactora de una necesidad de carácter general no está considerada por la ley como servicio público y, por tanto, puede ser desarrollada directamente por particulares, por no estar atribuida a la Administración Pública ni al Estado, estaremos entonces ante un servicio público impropio o impropiamente dicho, también llamado servicio público virtual, servicio de interés público o servicio reglamentado.

Importa enfatizar que el servicio público impropio no es una creación de la ley, sino que deriva de un permiso, de una licencia o autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada que, a diferencia de la actividad comercial ordinaria, obliga a su titular a prestar el servicio a quienquiera que lo requiera y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que incluye —salvo excepciones— la fijación de una tarifa obligatoria.

3. Caracteres esenciales del servicio público

En rigor, para que un servicio público sea tal, debe estar investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales queda desnaturalizado, por cuya razón el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio revista tales rasgos distintivos o caracteres esenciales, a efecto de garantizar la idónea satis-

facción de la necesidad de carácter general que trata de satisfacer, en cualquier caso en que ésta se individualice, pues como apunta Marcel Waline: "El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, última *ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla" [20].

La doctrina reconoce como caracteres jurídicos esenciales del servicio público a la generalidad, consistente en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos respectivos, sin más límite que la capacidad del propio servicio; a la igualdad, que estriba en el trato uniforme que debe darse a todos los usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en ésta; a la regularidad, en cuya virtud el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula; y a la continuidad, de acuerdo con la cual dicho servicio no debe interrumpirse dentro del calendario, horarios y circunstancias previstos en su propia regulación.

4. Elementos indispensables del servicio público

Figuran entre los elementos indispensables del servicio público: la necesidad que pretende satisfacer el servicio, la actividad destinada a satisfacer dicha necesidad, el universo de usuarios potenciales del servicio público, la intervención estatal, el sujeto que desarrolla la actividad satisfactora, los recursos empleados en la prestación del servicio, y su régimen jurídico especial.

5. La definición del servicio público

Tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina se han preocupado por definir al servicio público, y como se puede comprobar fácilmente, es en la legislación en donde se ha registrado el menor número de intentos definitorios de esta categoría jurídica, lo que contrasta con la doctrina, en la que existen tantas definiciones como autores se han ocupado del servicio público.

5.1. En la legislación

Por lo general, la legislación es poco dada a incluir definiciones en sus textos, por ello llama la atención la definición de servicio público contenida en la

[20] WALLINE, Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, París, 1933, p. 333.

Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público, expedida por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, del 23 de diciembre de 1996, cuyo tenor es el siguiente:

> "Artículo 128. Para efectos de esta ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer necesidades de interés general en forma obligatoria, regular y continua, uniforme y en igualdad de condiciones".

5.2. La definición del servicio público en la jurisprudencia

En el sistema jurídico francés, la jurisprudencia desempeña un papel estelar en la conformación tanto de la idea como del concepto y de la definición del servicio público, mediante *arrêts* tan sonados como los relativos a los casos Rothschild, Dekeister, Blanco, Therond, Terrier, Feutry y el de Radio Atlantic, para no citar sino algunos de los más conocidos, cuya influencia ha trascendido las fronteras de Francia, respecto de la institución jurídica universal del servicio público.

En México, la jurisprudencia ha tenido una participación más modesta en torno a la idea del servicio público, lo cual no ha sido obstáculo para hacer algunos pronunciamientos que incluyen definiciones del servicio público, elaboradas con propiedad y acierto, como se comprueba en la siguiente resolución:

> "LEY DE VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN, SERVICIO PÚBLICO EN RELACIÓN CON LA. El artículo 124 de la Ley de Vías Generales de Comunicación previene que las maniobras de carga, alijo, estiba, etc., que se presten en relación con las vías generales de comunicación y medios de transporte, se consideran como servicios públicos y se necesitará permiso para realizarlas; (...) Y estas operaciones están confirmadas por la noción de servicio público, consistiendo éste en la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes (Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Tercera Parte, Segunda Sala, p. 191)".

5.3. La definición del servicio público en la doctrina

El profesor Jorge Olivera Toro, en el contexto del orden jurídico mexicano, define: "El servicio público es la actividad de la que es titular el Estado y que,

en forma directa o indirecta satisface necesidades colectivas, de una manera regular, continua y uniforme. Por mi parte, en ese mismo contexto, y a la luz de los caracteres esenciales del servicio público y de la clasificación de las actividades estatales que las agrupa en funciones públicas, servicios públicos, obras públicas y actividades socioeconómicas simples, he propuesto la definición que resumo en los siguientes términos:

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, de manera uniforme, regular y continua, con sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, en beneficio indiscriminado de toda persona.

6. La clasificación del servicio público

El servicio público es clasificado por la doctrina en atención a diferentes criterios. Dentro de los principales podemos agruparlos, por las características de sus usuarios, en *uti singuli* y *uti universi*, según se pueda o no identificar a los usuarios; por el tipo de prestador del servicio, se distinguen los de gestión pública y de gestión privada; por su aprovechamiento por parte del usuario potencial, en voluntarios y obligatorios; por su importancia, en indispensables, secundarios y superfluos; por el carácter de la necesidad, en constantes, cotidianos, intermitentes y esporádicos; por razón de su cobro, en gratuitos y onerosos; por razón de la competencia económica, en de régimen de monopolio y de régimen de oligopolio; y por razón de competencia, en federales, de las entidades federativas, municipales y concurrentes.

Del texto constitucional mexicano se infieren como servicios públicos federales: los de correos, telégrafos, suministro de energía eléctrica, telefonía, transporte ferroviario y aéreo, entre otros; y se consideran servicios públicos concurrentes: los de educación, seguridad social, salud y transporte automotor. En tanto que la fracción III del artículo 115 constitucional, a partir de la reforma de 1999, nos da un catálogo de funciones y servicios públicos, a cargo de los municipios, mas no precisa cuáles son unas y cuáles otros; y para mayor confusión, incluye obras públicas: drenaje, calles, parques y jardines, así como una institución: la policía preventiva municipal, la misma que, desde luego, no es actividad, como sí lo son las funciones públicas y los servicios públicos. El texto de la fracción III del artículo 115 de la Constitución mexicana es el siguiente:

Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

"a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

"b) Alumbrado público;

"c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;

"d) Mercados y centrales de abasto;

"e) Panteones;

"f) Rastro;

"g) Calles, parques y jardines y su equipamiento;

"h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito; e

"i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

[...]"

III. La obra pública

En el catálogo de actividades municipales del referido artículo 115 constitucional se incluye, bajo la etiqueta de servicio público, obra pública, la misma que puede explicarse como la modificación de un inmueble del que legítimamente puede disponer un ente estatal —Federación, entidad federativa, municipio— con un propósito de interés general, destinada al uso público, al desempeño de una función pública, o a la prestación de un servicio público. Indebidamente, la fracción III del artículo 115 constitucional considera como funciones y servicios públicos al alcantarillado —obra pública que constituye la infraestructura del servicio público de drenaje— y a las calles, parques y jardines, que evidentemente son sendas obras públicas.

IV. La actividad socioeconómica residual del Estado

Además de las relativas a las funciones públicas, a los servicios públicos y a las obras públicas, el Estado mexicano realiza otras actividades que pueden agruparse bajo la común denominación de socioeconómicas residuales, entre las cuales se pueden distinguir dos tipos, a saber: las de interés público, carentes de prestación de servicio al público, pese a lo cual tienen un carácter prioritario, dado el interés de la comunidad de realizarlas; y las simples, que son aquellas ordinariamente desempeñadas por los particulares, pero que el municipio puede llegar a realizar subsidiariamente ante la ausencia, la insuficiencia o la ineficiencia de los particulares.

En consecuencia, función pública, servicio público y obra pública, lejos de ser sinónimos o diversas maneras de llamar a una misma actividad, son catego-

rías jurídicas diferentes, y también distintas a las actividades socioeconómicas residuales, ya sean éstas de interés público o simples.

V. Consecuencias de confundir el servicio público con otras categorías jurídicas

La determinación de que el desarrollo de una actividad dada sea o no servicio público podrá ser materia de discusión en el ámbito del órgano legislativo, cuya consecuencia, a la luz del criterio legal, será que la actividad respectiva quede o no reconocida como tal en la ley; en caso positivo, de acuerdo con la doctrina, será un servicio público propio o propiamente dicho; en caso negativo, se podrá entender como servicio público impropio o virtual a condición de satisfacer una necesidad de carácter general y estar sujeta a un régimen exorbitante del derecho privado.

Empero, lo realmente preocupante ocurrirá cuando una actividad esencial del Estado, como la relativa a la seguridad pública, que conlleva el ejercicio de su imperio, de su potestad, de su soberanía, o sea, una función pública, sea etiquetada por el legislador como servicio público; otro tanto ocurrirá cuando se considere servicio público, no a una actividad, sino a una corporación como lo es la policía preventiva municipal, porque en uno y otro caso su regulación jurídica será inadecuada a su naturaleza. Sería como tratar de regular las personas como si fueran bienes, o las sucesiones como si fueran contratos, o el transporte de líquidos mediante ductos como si se tratara del de paquetería.

Se debe enfatizar que el ejercicio de la función pública no puede delegarse a particulares, lo que, en principio, sí puede ocurrir con la prestación del servicio público. De ahí la conveniencia de reformar el artículo 115 de la Constitución mexicana, para corregir el error de confundir el servicio público con la función pública, la obra pública y otras actividades de interés público.

APORTES PARA UNA REFORMA DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

por ALEJANDRO JUAN USLENGHI*

I. INTRODUCCIÓN

A partir del proceso de privatización de los servicios públicos más importantes en el orden nacional, producido en los comienzos de la década de los noventa, han adquirido importancia los organismos de control de tales servicios, habitualmente designados como *entes reguladores*.

Al pasar a manos de particulares la prestación de los servicios públicos, el Estado se encontró en la necesidad de garantizar el adecuado control de la tarea que otrora desempeñara en forma directa y, a partir de la privatización, delegara en la actividad privada. Sucede que si bien la Administración ha entendido pertinente desprenderse del ejercicio de la actividad que llevaba a cabo por medio de sus empresas estatales, no por ello ha enajenado su carácter de *titular* de esa actividad, con las consecuencias que ello implica.

A efectos de que ese control sea efectivo, es menester que opere tanto con carácter previo como posterior. En el primer caso, operará como prevención de las irregularidades, evitando así la producción de daños. En el segundo, lo hará a modo de sanción de las conductas dañosas, con el doble fin de reprimir a quien incumpla, por un lado, e instar a la abstención de futuros incumplimientos, funcionando como ejemplo para las restantes empresas prestadoras, por el otro.

El proceso de regulación se inicia por parte del Estado, quien fija las pautas que la prestadora del servicio deberá seguir para que sea brindado en condiciones eficientes y seguras, propendiendo siempre al mejoramiento de los estándares de prestación, de modo de ir acrecentando el nivel tecnológico y la eficiencia empresarial, que se traduzcan en una baja de los costos para el usuario y el goce de un mejor servicio. Establecidas las bases principales del sistema a implementar, el ente regulador coparticipa de la regulación mediante el dictado de reglamentos técnicos y, en su caso, de órdenes del servicio.

A la faz regulatoria se le añade, como su necesaria consecuencia, la de fiscalizar el efectivo cumplimiento de las normas dadas y —eventualmente— dar solución a los conflictos que se planteen entre los sujetos integrantes de las distintas categorías de prestadores del servicio, o entre éstos y los usuarios.

* Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, Facultad de Derecho, UBA.

Las funciones descriptas han sido encomendadas, en nuestro sistema nacional, a los entes reguladores, concebidos como organismos técnicos especializados, pertenecientes a la administración descentralizada, dotados de autarquía frente al gobierno central. Se ha entendido que esa independencia halla su fundamento en la necesidad de asegurar la imparcialidad y objetividad de las decisiones a adoptar por el ente, las que se garantizan de modo más pleno cuando el organismo de regulación y control resulta un tercero distinto de las partes originariamente involucradas en el servicio público; vale decir, la Administración que otorga el título para prestar el servicio y la empresa privada que lo presta.

II. Independencia de los entes reguladores

Efectuada una rápida descripción del mecanismo de control a cargo de los entes reguladores, permítasenos realizar algunas propuestas para ser consideradas en oportunidad de proceder a la reforma del sistema, con el objeto de mejorar su legitimidad y eficacia.

Cabe tener presente, en primer término, que la mayoría de los entes han sido creados con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, la que no dejó de lado la problemática de los servicios públicos, sino que, por el contrario, estableció reglas precisas (recordar el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional), teniendo muy presente la realidad emergente del proceso de privatización ocurrido en los años anteriores a la Reforma.

Una característica peculiar del sistema regulatorio vigente es la existencia de un recurso de alzada contra las decisiones de los entes de control. La procedencia de este recurso surge no sólo del carácter de entidad descentralizada que revisten los entes, sino también de la aplicación de la ley de procedimientos administrativos y su reglamentación, dispuesta en los distintos marcos regulatorios.

Si bien no es motivo de sorpresa la previsión de este recurso dentro de la relación de tutela que une a la administración central con sus entes descentralizados —de los cuales las entidades autárquicas son su paradigma—, lo cierto es que en el caso particular de los entes reguladores, parece más razonable abstraer a las cuestiones que ellos resuelven del contralor de la Administración, en tanto se pretende la independencia de aquéllos con respecto a ésta, independencia que queda, entonces, si no desnaturalizada, al menos resentida con la posibilidad de que el Poder Ejecutivo revea las decisiones que en materia de servicio público el ente adopte.

A estas consideraciones, cabe añadir el especial estatus constitucional de que gozan los organismos de control, a partir de su inserción en las previsiones del art. 42 de la Constitución Nacional, que los convierte en organismos de existencia necesaria dentro del amplio cuadro de la administración federal.

Si pretendemos afianzar la independencia de los entes reguladores, es necesario abolir el *recurso de alzada*, impidiendo al Poder Ejecutivo la modificación de sus actos y reservando su cuestionamiento por los presuntos perjudicados sólo al ámbito de la Justicia. Adviértase que el recurso de alzada resulta aún más inapropiado en los casos en que se otorga contra los actos de los entes reguladores que resuelven en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. Si en estos supuestos —en que los entes actúan a guisa de tribunales administrativos— se sostiene su constitucionalidad sobre la base de la cierta independencia y especialización que les han sido otorgadas, tales argumentos quedan desnaturalizados al admitir una revisión posterior de tal actividad jurisdiccional por parte de órganos de la Administración central, quienes carecen de lleno de tales atributos.

Paralelamente, cabe prohibir la *avocación* y la *intervención* de los organismos, quedando esta última facultad en manos del Congreso de la Nación. En cuanto a la remoción de los *directivos* por el Poder Ejecutivo, deberá reservarse esta facultad —por razones fundadas y previo procedimiento que garantice el derecho de defensa— a aquellos directores que hubieren sido designados en representación de la Administración, no pudiendo inmiscuirse en la provisión o cese de los directores que representen a las asociaciones de usuarios o de quienes lleven la representación de las provincias interesadas.

De esta manera nos acercaremos más al modelo americano de las agencias reguladoras en cuanto a la independencia de que disponen en su accionar, privilegiando su especialización frente al poder político de turno.

La solución propuesta no menoscaba facultad alguna del Poder Ejecutivo, por cuanto la amplitud con que se deja librada a la legislación la instrumentación de los organismos de control, según lo dispuesto en el actual art. 42 de la Ley Fundamental, junto con la habilitación para establecer los marcos regulatorios de los servicios públicos, otorga atribuciones suficientes al Congreso para legislar del modo propuesto.

III. Participación de las provincias y de los usuarios

Una característica que cabe examinar de los entes reguladores es la participación que se les ha otorgado a las provincias en su gestión, habida cuenta de que controlan servicios públicos de naturaleza federal, cuyas prestaciones se cumplen en todo el territorio nacional.

Se advierten ciertos signos de respeto del federalismo en la ley 24.076 (art. 50), Marco Regulatorio del Transporte y Distribución del Gas, al reconocer la intervención de las provincias en las delegaciones regionales del Enargas. Cabe recordar que en el texto original del art. 54, sancionado por el Congreso, dos de los directores del ente serían propuestos por los gobernadores de las provincias, pero esta regla fue vetada por el Poder Ejecutivo.

En el Marco Regulatorio de la Energía Eléctrica se establece que dos de los directores del ENRE serán propuestos por el Consejo Federal de la Energía Eléctrica (ley 24.065, art. 58), y la Comisión Federal de Telecomunicaciones nomina representante en la Comisión Nacional de Comunicaciones. En cuanto al servicio de agua en el Gran Buenos Aires, el ETOSS está regido por representantes de la Nación, la provincia de Buenos Aires y el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires.

Puede advertirse con cierta facilidad que el grado de intervención difiere notoriamente en cada caso y esa diferencia nos induce a proponer una participación uniforme de las provincias interesadas —en la medida en que el servicio público nacional se preste también en cada provincia— en las funciones de los entes reguladores.

El sistema federal que nos rige exige que el gobierno central no soslaye a las provincias en todo aquello que pueda ser de su incumbencia —como la prestación de servicios públicos en el ámbito local, aunque la actividad sea responsabilidad del gobierno federal—. Así lo entendió la convención constituyente de 1994, al prever en el nuevo art. 42 la necesaria participación de las provincias interesadas en los organismos de control. En forma paralela se estableció también la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

No causa discusión en doctrina la necesaria participación de las provincias y de las asociaciones, pero sí difieren las opiniones al momento de definir el alcance de esa participación. En especial con respecto a las asociaciones de usuarios, la doctrina disiente entre considerar que su participación debe ser ejecutiva, vale decir, en los órganos directivos de los entes reguladores; o meramente consultiva, expresando su punto de vista frente a las decisiones que conciernen a los usuarios.

El debate en la convención constituyente arroja una luz muy clara en cuanto a la exigencia pretendida por los autores de la reforma de 1994. Debe advertirse, en primer lugar, que al discutirse el Orden del día nro. 11 (ver la transcripción de la sesión del 16/8/94, versión taquigráfica, ps. 4168 a 4245) sobre defensa de la competencia, del usuario y del consumidor, el texto proyectado por la Comisión de Redacción era semejante al que luego fue aprobado, con dos excepciones: no preveía la participación de las *provincias interesadas* y respecto de las asociaciones de consumidores y usuarios establecía... *la necesaria participación consultiva*... Las diferencias entre el texto propuesto y el aprobado no son menudas.

Pero, si este argumento no fuera suficiente, cabe hacer referencia a las intervenciones de los constituyentes que esclarecen el sentido de la reforma. En primer lugar, hizo uso de la palabra el convencional Irigoyen, quien propuso "la incorporación de los consumidores como parte de los entes regulatorios de los servicios, en una tarea de ida y vuelta en la que el consumidor tenga su asiento en estos entes reguladores de los servicios, para que sea un controlador real de éstos y, además, para que aporte la savia popular que haga que estos organismos

recurso fundado y dentro de los quince días (art. 66, ley 24.076). Si se trata del ENRE, podrá el disconforme recurrir administrativamente por alzada ante la administración central, o apelar ante la misma Cámara Federal, pudiendo apelar ante este tribunal incluso después de desestimarse su recurso de alzada. Para la apelación dispondrá de un recurso (art. 76, ley 24.065), del cual la norma no fija plazo ni requisitos, debiendo integrarse el régimen recursivo con las normas de la ley 19.549.

Si la resolución del conflicto jurisdiccional provino del ORSNA, el interesado deberá impugnarla judicialmente ante la primera instancia del fuero contencioso administrativo federal de la Capital Federal, con sujeción a las reglas de la ley 19.549.

Como puede advertirse, la disparidad de régimen de acceso a la Justicia no tiene justificativos y urge una regulación clara, sistemática y uniforme de las impugnaciones dirigidas contra los entes, actuando en funciones jurisdiccionales

Queda otro aspecto por examinar. Los restantes entes reguladores no están dotados de facultades jurisdiccionales; pero sus respectivos marcos regulatorios facultan a los interesados —por ejemplo, los usuarios— a denunciar ante el ente la prestación irregular del servicio, previa queja ante la persona privada que lo presta. En estos casos no hay facultades jurisdiccionales previstas, por lo que el usuario no debe someter obligatoriamente su disputa con el prestador al ente. Pero, si denuncia ante el organismo y éste concluye la investigación con un acto que da la razón al prestador del servicio, el usuario pretenderá acudir a la vía judicial para demandar a la empresa del servicio; en tal caso, ¿deberá necesariamente el usuario impugnar judicialmente el acto del ente, demandando también a la empresa prestadora, para evitar que la decisión administrativa se transforme en cosa juzgada que le sea oponible? El interrogante continúa y sería necesario aclararlo legislativamente para evitar sorpresas desagradables provenientes de una errónea interpretación, facultando al usuario para demandar libremente a la empresa prestadora, independientemente de lo resuelto por el ente regulador, cuando éste carezca de facultades jurisdiccionales.

Finalmente, en esta materia deseo resaltar otro aspecto que conspira contra la tutela judicial suficiente en ciertos casos. Como expliqué, resuelta una cuestión de naturaleza jurisdiccional por el ENARGAS o el ENRE, la parte disconforme debe acudir inexcusablemente ante la Cámara del fuero contencioso-administrativo federal de la Capital Federal. ¿Cómo se compatibiliza esta disposición con un acceso rápido y fácil a la Justicia para contendientes que pueden estar domiciliados a miles de kilómetros de la Capital Federal?

La Sala IV del fuero tuvo oportunidad de intervenir en un conflicto entre una entidad provincial y un usuario de la localidad de Juana Koslay, en San Luis, que reclamó la restitución de las sumas que consideró que se le habían exigido en exceso en concepto de cargo por conexión a la red.

En el conflicto intervino el ENARGAS y condenó a la dirección provincial a devolver una suma que no superaba los $ 1.000. Ante la impugnación judicial interpuesta por la provincia y resultar de aplicación el art. 66 de la ley 24.076, el Tribunal destacó que se hallaba frente a la paradoja de que, para discutir cuestiones de una entidad económica inferior a los $ 1.000, el usuario se vería compelido a acudir a tribunales que están a centenares de kilómetros del lugar de los hechos. Es evidente que, aun en caso de que éste contara con los medios económicos suficientes para solventar los gastos que para litigar ante la justicia federal de Buenos Aires serían necesarios, lo cierto es que difícilmente tales erogaciones resulten proporcionales con el beneficio patrimonial que una sentencia favorable podría ocasionarle. Por ello, la aplicación de tal norma al caso importa una clara afectación del derecho de defensa del recurrido, a quien se pondría en situación de desigualdad respecto de su contraria para lograr el resguardo judicial de los derechos que consideran conculcados. En consecuencia, el Tribunal declaró su incompetencia, de oficio, y remitió los autos a la Cámara Federal con competencia en el lugar (causa: "Empresa Provincial de San Luis v. Resolución 381/2001 —ENARGAS (expte 5755/2000)—", del 20/12/2001).

Los aspectos puestos de manifiesto en la sentencia que les comento deben ser motivo de revisión legislativa, con el objeto de que la excesiva centralización en la Capital Federal de conflictos judiciales de esta índole no derive en una auténtica privación de justicia.

V. Servicio público y solidaridad

El grueso del proceso de privatización de los servicios públicos a que hicimos mención al comienzo se dio en el marco de una ideología economicista y eficientista, que, aunada a fuertes presiones internacionales, puso en crisis la noción misma y el contenido originario del servicio público. Acontecimientos inmediatamente posteriores derivaron en una reforma constitucional que, junto a determinadas soluciones políticas de la coyuntura, permitieron introducir en el texto fundamental nuevos contenidos y nuevas garantías. Por ende, las reformulaciones que hoy requiere el régimen de los diversos servicios públicos federales deben nutrirse de los nuevos aires insuflados a la sabia constitución de 1853.

Las garantías que desarrolla el nuevo art. 42 deben conjugarse con las atribuciones conferidas al Congreso de la Nación por el art. 75, inc. 19, según el cual corresponde al legislador proveer lo conducente al *desarrollo humano y el progreso económico con justicia social*.

Uno de los principios básicos que informan la justicia social es la *solidaridad*.

"El ejercicio de la solidaridad dentro de cada sociedad es válido sólo cuando sus miembros se reconocen unos a otros como personas. Los que cuentan más,

al disponer de una porción mayor de bienes y servicios comunes, han de sentirse responsables de los más débiles, dispuestos a compartir con ellos lo que poseen" (*Sollicitudo Rei Socialis* nro. 39).

En las actuales y penosas situaciones por las que transita la mitad de nuestros compatriotas, el principio de solidaridad —que hace a la justicia social y, por tanto, es un principio constitucional— tiene que ser un faro que ilumine las transformaciones que se introduzcan al régimen de los servicios públicos. A su luz se podrán implementar soluciones jurídicas que discriminen entre los usuarios que manifiestan mayor capacidad económica, para aliviar la carga que representa el pago de los servicios por los más desposeídos. Sobre la base de este principio se podrán implementar tarifas sociales; o los aportes extraordinarios de los usuarios más pudientes destinados a ampliar las prestaciones en las zonas más carenciadas; o exigir contribuciones de las prestadoras en atención a los beneficios recibidos en épocas pasadas, dentro del marco global de la economía del contrato.

LOS ENTES REGULADORES

por ALBERTO B. BIANCHI*

I. INTRODUCCIÓN

De todas las criaturas jurídicas aparecidas o renovadas con la Reforma del Estado iniciada en 1989, los entes reguladores han sido —sin disputa— los que más interés práctico y teórico despertaron. Los artículos de doctrina que se ocupan de ellos se cuentan por cientos, y los tribunales resuelven cotidianamente casos vinculados con la actividad que aquéllos desarrollan. No es para menos, ciertamente, si tenemos en cuenta que los servicios públicos nacionales más importantes —agua potable, comunicaciones, energía eléctrica, gas, y transporte aéreo y terrestre— están regulados cada uno de ellos por un ente específico. Ello tiene además un paralelo equivalente en el derecho público provincial. Ello les ha otorgado un *rol* protagónico en los estudios de derecho administrativo [1], al paso que ha generado el desarrollo de una nueva rama dentro de aquél usualmente denominada *derecho de la regulación*, muy ligada a la economía [2]. No obstante los muchos trabajos existentes sobre los entes reguladores, creo sin embargo que todavía existe lugar para formular algunas reflexiones de interés. De hecho los norteamericanos, que llevan más de cien años analizándolos, no se han dado todavía por satisfechos y se plantean diariamente nuevas problemáticas alrede-

* Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, Facultad de Derecho, UBA.

[1] Así como en las décadas de 1960-80, se desarrolló el llamado *derecho administrativo económico*, creado sustancialmente alrededor del empresariado estatal, la década de 1990, con la privatización de esas haciendas estatales, desplazó el eje hacia los estudios sobre la regulación, donde los entes reguladores han tomado el lugar otrora ocupado por las empresas y sociedades del Estado.

[2] La Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) publicó hace poco más de diez años antes de la Reforma del Estado un libro denominado *Los costos del Estado regulador* (Manantial, Buenos Aires, abril de 1989), en el cual analizaba el peso económico que representaban las fuertes regulaciones existentes por entonces sobre las actividades productivas. Una década después exactamente, publicó un nuevo trabajo: *La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente* (FIEL, Buenos Aires, marzo de 1999), en el cual se refleja la experiencia regulatoria post reforma del Estado y se dedica un capítulo específico (Cap. 15) a los entes reguladores.

dor de las controvertidas *independent regulatory commissions* [3], estando en discusión todavía si su creación es o no constitucional [4], y si son verdaderamente independientes [5].

Como puede verse, son muchos los puntos de abordaje que esta inagotable temática ofrece. Y para esta ocasión he escogido dos de ellos: (1) a qué estamos aludiendo realmente cuando hablamos de entes reguladores, y (2) cuáles son los

[3] Tan importantes son en el desarrollo del derecho norteamericano que cuando en 1987 se celebraban los doscientos años de la Convención Constituyente de Filadelfia, Geoffrey Miller escribió un trabajo sosteniendo que ese mismo año correspondía celebrar otra efemérides importante, los cien años del nacimiento de la primera agencia regulatoria: la Interstate Commerce Commission (ICC), creada en 1887 (MILLER, Geoffrey, "Independent Agencies", en *The Supreme Court Review*, 1986, The University of Chicago Press, ps. 41-97).

[4] Dado que —se sostiene— no están en ninguno de los tres poderes, y podrían por ende conformar el cuarto poder, algunos lectores rigurosos de la división tripartita del gobierno sostienen su inconstitucionalidad. Así lo ha hecho Antonin Scalia —miembro actual de la Corte Suprema— quien siendo juez de distrito en Washington DC lo afirmó en Synar v. United States, 626 Federal Supplement 1374, 1398 (1986), aun cuando cierto es que la jurisprudencia en general rechaza este criterio. Así, por ejemplo, lo hicieron la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en "Hospital Corp. v. FTC", 807 Federal Reporter, 2nd Series (1986), la Corte del Noveno Circuito en "FTC v. American National Cellular", 810 Federal Reporter, 2nd Series 1511 (1987) y la del Décimo Circuito en "Security Exchange Commission v. Blinder, Robinson & Co.", 855 Federal Reporter, 2nd Series 677 (1988). A su turno, la Corte Suprema también afirmó la constitucionalidad de las agencias en "Bowsher v. Synar", 478 U.S. 714 (1986). Acerca de este tema puede verse STEELE, Charles N. y BOWMAN, Jeffrey H., "The Constitutionality of Independent Regulatory Agencies Under the Neccesary and proper Clause: The Case of the Federal Election Commission", *Yale Journal on Regulation*, vol. 4, nro. 2, 1987, ps. 363-392. En torno a la problemática específica de la división de poderes, GIFFORD, Daniel J., "The Separation of Powers Doctrine and the Regulatory Agencies after Bowsher v. Synar", *The George Washington Law Review*, vol. 55, nro. 3, marzo 1987, ps. 441-481.

[5] Más intenso aún que el debate sobre la constitucionalidad de las agencias reguladoras, es el relativo a su auténtica independencia, la que está fuertemente cuestionada. Tanto es así que cada tanto se reune un simposio para tratar el tema. Vale la pena leer, por ejemplo, los trabajos publicados en la *Duke Law Review*, vol. 1988, abril-junio, nros. 2 y 3, ps. 215-299, con motivo de uno realizado én 1988. Entre ellos, MILLER, Geoffrey P., "Introduction: The Debate over Independent Agencies in Light of Empirical Evidence", ps. 215-223; BARTLETT FOOTE, Susan, "Independent Agencies under Attack: a Skeptical View of the Importance of the Debate", ps. 223-237; ROBINSON, Glen O., "Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogative", ps. 238-251; MORRISON, Alan B., "How Independent are Independent Regulatory Agencies?", ps. 252-279; WILEY, Richard E., "'Political' Influence at the FCC", ps. 280-285; PETERS, Aulana L., "Independet Agencies: Governments Scourge or Salvation?", ps. 286-296; MILLER, James C., "A Reflection on the Independence of Independent Agencies", ps. 297-299. También en 1988, tuvo lugar en Washington DC un programa presentado por la Sección de Derecho Administrativo y Práctica Regulatoria de la American Bar Association, titulado *Independent Agencies-Independent from Whom?*, cuyos debates dirigidos por Sally Katzen, entonces a cargo de la mencionada sección, están publicados en la *Administrative Law Review*, vol. 41, 1989, ps. 491-532. Además de estos trabajos, puede verse, entre otros muchos, DEVINS, Neal, "Political Will and the Unitary Executive: What Makes an Independent Agency Independent", *Cardozo Law Review*, vol. 15, nros. 1-2, octubre 1993, ps. 273-312.

postulados de la coherencia interna de su régimen jurídico. En cuanto al primero, debemos admitir que no existe una noción precisa de lo que es un ente regulador, ya que ciertamente no nacieron con la reforma del Estado de 1989. En todo caso se han desarrollado con mayor intensidad a partir de ella. Pero nadie puede dudar de que la vieja Junta Nacional de Carnes ya desaparecida, o el propio Banco Central entran también en la categoría de entes reguladores. De modo tal que es necesario, quizás, formular algunas precisiones en torno a esta cuestión. En relación con lo segundo, si bien es común oír hablar de los entes reguladores en forma general, como si se tratara de una categoría única dotada de reglas jurídicas uniformes, es un hecho evidente que en la Argentina —en el orden federal [6]— la creación de los entes reguladores no ha respondido a una metodología planificada ni a un modelo específico [7], sin perjuicio de que en líneas generales se ha intentado seguir el modelo norteamericano [8] en lugar del inglés [9], que en cambio fue usado en materia de tarifas [10]. Por el contrario, estos entes han ido apareciendo con cierta espontaneidad, como fruto de la necesidad de reglar la actividad de los prestadores de los servicios dados en concesión o licencia, lo que permite conformar un mapa de entes reguladores bastante heterogéneos que responden a

[6] A diferencia del Estado Nacional, algunos ordenamientos locales prevén el llamado *ente único*. Así, por ejemplo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 138 y 139) y la de la provincia de Salta, donde existe el ente Regulador de los Servicios Públicos de Jurisdicción Provincial (ley 6835).

[7] Por ello, Cassagne señala que la diversidad de regímenes existentes dificulta sus sistematización (CASSAGNE, Juan C., "Los nuevos entes regulatorios", *Revista de Derecho Administrativo*, año 5, nro. 14, Buenos Aires, 1993, ps. 485-498, esp. p. 486).

[8] La doctrina nacional en general está de acuerdo en que hemos seguido el modelo de las comisiones reguladoras independientes propias del sistema norteamericano. Así, CASSAGNE, J. "Los nuevos...", cit., p. 485; COMADIRA, Julio R., "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)", ED 162-1134, esp. Cap. 2; BARRA, Rodolfo C., "Entes reguladores: Cuanto menos limiten, mejor", diario *Clarín*, 24/11/1998; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, Cap. XV, p. 13. También la jurisprudencia ha reconocido la paternidad norteamericana de los nuevos entes reguladores: CCAF, sala II, "Metrogas v. Enargas", 9/11/1994, LL 1995-B-108.

[9] Una breve semblanza de las diferencias existentes entre ambos sistemas —el norteamericano y el inglés— fue trazada en la conferencia de Ismael Mata en las Jornadas "El Derecho Administrativo Argentino, Hoy", realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en 1996. Véase MATA, Ismael, *Los entes reguladores de los servicios públicos*, publicación de las Jornadas efectuada por Ciencias de la Administración, Buenos Aires, septiembre de 1996, ps. 115-121.

[10] En materia de tarifas, los norteamericanos continúan usando el *rate of return*, mientras que los ingleses en las privatizaciones de la década de 1980 emplearon el *price cap*, que fue aplicado aquí en la Argentina. Sobre este punto véase BIANCHI, Alberto B., "La tarifa en los servicios públicos (Del *Rate of Return* al *Price-Cap*)", ED 183-975.

diferentes conformaciones [11]. Incluso tampoco puede decirse que la categoría *ente regulador* sea propia o exclusiva de aquellos que regulan la prestación de un servicio público. Hay —como dije— entes que aparecieron mucho antes de la Reforma del Estado y siguen existiendo, y no todos ellos están dedicados al control de un concesionario de servicios públicos. Resulta entonces muy difícil sostener que hay un régimen jurídico unificado y omnicomprensivo de todos los entes reguladores existentes. En realidad, creo que es más exacto sostener que cada ente posee su propio sistema, lo que conduce a la existencia de diversos regímenes jurídicos separados y diferenciables, que en todo caso comparten características comunes. Por ello, cuando hablamos de los entes reguladores en conjunto como una categoría jurídica particular, debemos tener en claro que no aludimos a un *sistema* o *régimen* homogéneo que permite trasladar automáticamente las reglas aplicables en cualquiera de ellos a los restantes. El desafío existente, desde el campo del derecho, no es por ende crear —o pretender que existe— una categoría general de entes reguladores, sino, en todo caso, asegurar ciertas condiciones mínimas para que operen individualmente en un marco de coherencia jurídica interna.

II. Hacia la noción de ente regulador

1. Antecedentes históricos

Antes de entrar en materia específica, creo necesario efectuar un breve repaso histórico de los entes reguladores. Con ello persigo el propósito elemental de señalar que: (a) los entes reguladores en la Argentina son muy anteriores a la Reforma del Estado de 1989 y (b) su existencia no depende exclusivamente de la existencia de un servicio público, sino de una actividad estatalmente regulada.

Aun cuando ello constituye un convencionalismo histórico muy extendido, puede decirse que el nacimiento de las comisiones reguladores independientes (*independent regulatory commissions* [12]) se origina en los Estados Unidos con el

[11] Resulta difícil decir cuál de los dos sistemas —el de la multiplicidad de entes o el del ente único— es mejor. Como en todos los casos, cada uno tiene sus ventajas y desventajas. Una enumeración de ellas puede verse en Nallar, Daniel M., *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 153 y ss.

[12] También se las denomina agencias reguladoras independientes (*independent regulatory agencies*), de allí que entre nosotros se haya extendido a los entes reguladores la denominación de agencias reguladoras. Sin embargo no debemos perder de vista que "agencia" en los Estados Unidos, tal como ha sido definido en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedure Act*), es una noción más amplia que abarca no sólo a los entes de la administración descentralizada, sino también a los órganos de la administración central. De hecho, salvo el Congreso, los tribunales federales, los gobiernos de los territorios, los tribunales militares, y otros entes menores, prácticamente todo el resto de la administración está compuesta de "agencias", según lo establece la Sección 551, Tít. 5 USC.

llamado movimiento de los granjeros del Oeste Medio a comienzos de la década de 1870. Por aquel entonces, la gran expansión de los ferrocarriles había aumentado enormemente el poder comercial de las compañías ferroviarias [13]. Este crecimiento fue acompañado, como era inevitable, por el abuso en la fijación de las tarifas que sufrían los agricultores —especialmente los del Oeste Medio— quienes debían abonar precios excesivos por el transporte de sus granos. Como respuesta, algunos estados comenzaron a dictar leyes de protección de los productores fijando precios máximos para el transporte, las que fueron cuestionadas como inconstitucionales [14]. La Corte Suprema, sin embargo, las declaró válidas en un grupo de sentencias conocidas como los "casos de los granjeros" (*granger cases*) siendo Munn v. Illinois [15] el más célebre de todos [16]. Con él se inició en los Estados Unidos la sinuosa línea jurisprudencial de tolerancia hacia las medidas de intervención estatal en la economía privada. Al mismo tiempo, en el Congreso comenzó lentamente el movimiento hacia el dictado de una ley federal de regulación del transporte ferroviario, que sufrió muchas vicisitudes debido a la oposición de los poderosos *lobbies* de las compañías interesadas en mantener los privilegios derivados de su posición comercial dominante [17]. Sin embargo, en 1886 la Corte Suprema resolvió un caso que aceleró el proceso legislativo. En Wabash, "St. Louis and Pacific Railway Co. v. Illinois" [18], dicho Tribunal sostuvo la imposibilidad de los estados de regular el comercio interestatal por ferrocarril, lo que permitió que el 4 de febrero del año siguiente el presidente Cleveland promulgara finalmente la Ley de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Act*) [19].

La Sección 11 de esta ley dispuso la creación de la *Interstate Commerce Commission* (ICC), que pasó a ser el órgano regulador del comercio interestatal,

[13] Un buen y reciente estudio sobre el crecimiento de los ferrocarriles norteamericanos en la segunda mitad del siglo XX puede verse en JOHNSON, Paul, *A History of the American People*, Harper Collins Publishers, 1997, ps. 532 y ss.

[14] Ver MILLER, George H., *Railroads and the Granger Laws*, University of Wisconsin Press, Iowa, 1971.

[15] 94 U.S. 113 (1877).

[16] Se suscitó como consecuencia del dictado de una ley de Illinois que disponía la fijación de precios máximos para el almacenaje de granos en Chicago, la cual era considerada como contraria a la Enmienda XIV. La Corte, conducida por su Chief Justice Waite, sostuvo la constitucionalidad de la ley alegando que los elevadores terminales de granos eran de interés público y ello autorizaba a la legislatura la fijación de precios máximos a su arbitrio. El estudio en extenso de los *Granger Cases* puede verse en FAIRMAN, Charles, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. VII, Reconstruction and Reunion 1864-88, Macmillan Publishing Co. New York, 1987, Cap. VII.

[17] Véase el desarrollo de la sanción de la Ley de Comercio Interestatal en SWISHER, Carl Brent, *American Constitutional Development*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1943, ps. 411 y ss.

[18] 118 U.S. 557 (1886).

[19] 24 Statutes at Large 379; 49 USC 1.

se convirtió en el primero de su género en el orden federal [20] y fue el arquetipo de las futuras comisiones reguladoras [21]. Estaba integrada por cinco miembros designados por el Presidente con acuerdo del Senado, y durarían seis años en el cargo. Su nacimiento debió superar una fuerte controversia constitucional surgida en los debates de la ley [22] y por ello Cleveland designó presidente de la Comisión a Thomas Cooley, uno de los publicistas más influyentes de la época [23]. Empero, los comienzos fueron difíciles ya que las grandes compañías ferroviarias no estaban dispuestas a someterse mansamente a la autoridad de la Comisión [24] y la Corte Suprema tardó en imponer la autoridad del nuevo ente [25]. Con posterioridad, diversas leyes fueron expandiendo y reforzando la competencia y poderes de la ICC [26], hasta que a partir de la década de 1970 sus facultades regulatorias fueron morigeradas [27].

[20] Con anterioridad existieron otras comisiones reguladoras del uso de la tierra, tales como la Florida Land Commission de 1822 y la California Land Commission de 1851, pero la ICC marcó el rumbo de todas las siguientes (SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown & Co., Boston 1991, ps. 28-29).

[21] La historia de la ICC puede verse en HOOGENBOOM, Ari and Olive, *A History of the ICC from Panacea to Palliative*, W.W. Norton, New York, 1976. Asimismo, en 1987 con motivo de cumplirse cien años de su creación, se llevó a cabo un seminario en el cual se recordó su creación y posterior desarrollo, cuyos trabajos han sido recogidos en *Transportation Law Journal*, vol. 16, nro. 1, 1987.

[22] Entre los opositores a la creación de la Comisión estaba el senador George F. Hoar de Massachusetts, quien cuestionaba los poderes legislativos y jurisdiccionales que se le atribuían a la Comisión. Con palabras que conservan una alarmante actualidad decía que los poderes otorgados a los miembros de la Comisión eran exagerados para individuos a quienes se les asignaba un salario anual de setecientos cincuenta dólares, lo que se convertiría en fuente de corrupción (SWISHER, C. B., *American...*, cit., p. 415).

[23] La figura de Thomas Cooley (1824-1898) dominó el escenario del derecho constitucional de los Estados Unidos durante varias décadas, especialmente desde la publicación de su *Constitutional Limitations* en 1868. De hecho, ha sido frecuentemente citado además por nuestra Corte Suprema. Como juez de la Corte Suprema de Michigan había favorecido la creación de una comisión reguladora del transporte interestatal y su conocimiento sobre asuntos ferroviarios impulsó su nombramiento al frente de la ICC (véase SCHWARTZ, Bernard, *Some Makers of American Law*, Ajoy Law House, Calcutta, India, 1985, ps. 66 y ss.).

[24] Véase KOLKO, Gabriel, *Railroads and Regulation, 1877-1916*, Princeton University Press, New York, 1970; TAYLOR, George R. y NEU, Irene D., *The American Railroad Network, 1861-1890*, Harvard University Press, Massachusetts, 1956.

[25] De hecho, quince de los primeros dieciséis casos que se plantearon fueron resueltos en contra de la ICC, por lo que hacia 1898 se había convertido en un organismo impotente.

[26] Así, por ejemplo: la Panama Canal Act de 1902 (32 Statutes at Large 481); la Hepburn Act de 1906 (34 Statutes at Large 584); la Motor Carrier Act de 1935 (49 Statutes at Large 543) y las Transportation Acts de 1920 (41 Statutes at Large 456), 1940 (54 Statutes at Large 788) y 1958 (72 Statutes at Large 568).

[27] Véanse, por ejemplo, las siguientes leyes: Railroad Revitalization and Regulatory Reform Act de 1976 (90 Statutes at Large 31; 49 USC 10101); Motor Carrier Act de 1980 (94 Statutes at Large 793; 49 USC 10101); Household Goods Transportation Act de 1980 (94 Statutes at Large 2011; 49 USC 10101).

A partir de su creación, fueron apareciendo, sucesivamente, en el orden federal [28], numerosas comisiones reguladoras de diferentes actividades industriales o comerciales, cuyo número se incrementó significativamente durante la década de 1930 [29], dando lugar a una creciente actividad reguladora [30]. Entre ellas, pueden citarse algunas de las más conocidas [31]. Así, por ejemplo, en el campo del comercio apareció la *Federal Trade Commission* (FTC), creada en 1914 [32] y ampliada luego por medio de diversas leyes [33], cuyo objetivo era reglar el comercio y asegurar la libre competencia, evitando métodos y prácticas comerciales desleales [34]. En materia de comunicaciones fue creada en 1934 [35] la *Federal Communication Commission* (FCC) [36], con el objeto de regular las comunicaciones interestatales e internacionales por cable y radio [37]. Para reglar la cotización pública de los títulos valores, fue creada ese mismo año la *Securities and Exchange Commission* (SEC) [38], cuya presidencia inicialmente ejerció Joseph P. Kennedy,

[28] Ya con anterioridad a la creación de la ICC muchos estados habían establecido comisiones reguladores de actividades comerciales. Hacia 1887, aproximadamente, veinticinco estados poseían estos entes (ver PHILIPS [Jr.], Charles F., *The Regulation of Public Utilities, Theory and Practice*, Public Utilities Report Inc, Arlington Virginia, 1993, ps. 133 y ss.).

[29] Ello permitió que antes de finalizada la década James McCauley Landis (1899-1964), que por entonces era decano de la Facultad de Derecho de Harvard, publicara en 1938 una obra que analizaba el nuevo fenómeno del derecho administrativo a impulsos de los nuevos entes reguladores (LANDIS, James, *The Administrative Process*, Yale University Press, New Haven, 1938). En la Argentina, esta obra fue traducida por Enrique Bledel bajo el título *El Poder Administrativo* (Depalma, Buenos Aires, 1951).

[30] Acerca de la historia de la regulación en los Estados Unidos, RABIN, Robert L., "Federal Regulation in Historical Perspective", *Stanford Law Review*, vol 38, mayo 1986, ps. 1189-1326. A su vez, el desarrollo acerca de las teorías de la regulación ha sido abordado por CROLEY, Steven P., "Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process", *Columbia Law Review*, vol. 98, nro. 1, 1998, ps. 1-168.

[31] Un listado más completo puede verse en SUNSTEIN, Cass R., *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Massachusetts, 1990, p. 25.

[32] Su creación fue dispuesta por la Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 717; 15 USC 41-51.

[33] Entre otras: Export Trade Act de 1918, 40 Stat. 516, 15 USC 61 y ss.; Wool Products Labeling Act de 1939, 54 Stat. 1128, 15 USC 68 y ss.; Fur Products Labeling Act de 1951, 65 Stat. 175, 15 USC 69; Federal Trade Commission Improvements Act de 1980, 94 Stat. 374.

[34] Una breve semblanza histórica de la FTC relativa a su auge y declinación puede verse en SCHERER, F. M., "Sunlight and Sunset at the Federal Trade Commission", *Administrative Law Review*, vol. 42, nro. 4, 1990, ps. 461-487.

[35] Su creación fue prevista en la Federal Communications Act de 1934, 48 Stat. 1064, 15 USC 21, 47 USC 35, 151-609.

[36] Reemplazó a la *Federal Radio Commission* de 1927.

[37] Como en otros casos, sus funciones se han ido ampliando con el tiempo. Menciono, por ejemplo, la Communications Satellite Act de 1962, 76 Stat. 419, 47 USC 701-744.

[38] Fue creada por la Securities Exchange Act, 48 Stat. 881, 15 USC 78ª-78jj.

padre de quien luego sería presidente de los Estados Unidos [39] y que también ha visto ampliada su competencia por leyes posteriores, tales como la Public Utility Holding Company Act de 1935 [40] que la autorizó a controlar la oferta pública de las compañías *holding* de gas y electricidad [41]. La energía fue puesta inicialmente en manos de la *Federal Power Commission* (FPC), organizada definitivamente en 1935 [42], y reemplazada luego en 1977 por la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC). En 1933 fue creada la *Tennessee Valley Authority* (TVA) [43], como ente regulador del sistema eléctrico del valle del río Tennessee [44] y para regular las relaciones laborales fue creado en 1935 el *National Labour Relations Board* (NLRB) [45]. La regulación de la energía atómica fue encomendada en 1946 a la *Atomic Energy Commission* (AEC) [46], ente que fue reemplazado en 1974 por la *Nuclear Regulatory Commission* (NRC) [47]. Asimismo, toda la planificación del gobierno federal fue puesta en 1952 en manos de la *National Capital Planning Commission* (NCPC) [48]. Más tarde, la protección del medio ambiente fue encomendada a la *Environmental Protection Agency* (EPA), creada en 1970 [49]; y a la *Federal Election Commission* (FEC), creada en 1974 [50], se le encomendó reglar el proceso de recolección de fondos para las campañas electora-

[39] En ese primer *board* estaba además James M. Landis, autor de la obra citada *supra* nota 29.

[40] 49 Stat. 803, 15 USC 79-92z.

[41] La historia y desarrollo de la SEC pueden verse en WILLIAMS, Cynthia A., "The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency", *Harvard Law Review*, vol. 112, nro. 6, 1999, ps. 1197-1306.

[42] Funcionaba desde 1920 con tres miembros, pero fue reorganizada en 1930 cuando se creó el *board* de cinco miembros con dedicación plena. En 1935 se le confirieron facultades para regular la venta mayorista de energía eléctrica en el mercado interestatal y en 1938, para regular la transmisión y venta de gas natural en el mismo mercado.

[43] Ley del 18 de mayo de 1933, 48 Stat. 58, 16 USC 831-831dd.

[44] Con sede en Knoxville, Tennessee, sus directores son designados por el Presidente con acuerdo del Senado.

[45] Fue creado mediante la National Labour Relations Act, (Wagner Act), luego modificada en 1947 (Taft-Hardley Act), en 1959 (Landrum-Griffin Act) y en 1974.

[46] Atomic Energy Act, 60 Stat. 755, reformada en 1954, 68 Stat. 919, 42 USC 2011.

[47] Creada por la Energy Reorganization Act, 88 Stat. 1242, 42 USC 5801 y reglamentada en la Executive Order 11.834 del 15 de enero de 1975.

[48] Creada como ente independiente por la National Capital Planning Act, 66 Stat. 782, 40 USC 71a.

[49] Fue creada como agencia independiente en dependencias del Poder Ejecutivo por el Plan de Reorganización Nro. 3, puesto en práctica el 2 de diciembre de 1970.

[50] Creada con las reformas introducidas en 1974 y posteriores a la Federal Election Campaign Act de 1971, 88 Stat. 1280; 2 USC 437c.

les [51]. En 1972 fue creada la *Consumer Product Safety Commission* (CPSC) [52] con facultades para la protección del consumo, y la *Commodity Futures Trading Commission* tomó a su cargo en 1974 [53] el control y regulación del comercio a futuro de productos.

Aun cuando no es el objetivo de este trabajo analizar las *independent regulatory commissions* de los Estados Unidos, no puedo dejar de señalar que —tal como es fácil de suponer en función de la rápida descripción del párrafo precedente— éstas conforman un sistema administrativo complejo y no siempre ordenado, donde los conflictos de jurisdicción son frecuentes en razón de la superposición de funciones [54].

Al igual que en los Estados Unidos, la Argentina a partir de 1930 vio florecer una gran cantidad de entes reguladores de actividades económicas [55], como fruto de la recepción de las doctrinas del intervencionismo estatal en la economía [56] y en respuesta a la crisis económica con que fue inaugurada esa década [57]. Aparecieron así la Junta Nacional de Carnes (JNC) [58], de la cual dependían va-

[51] Recientemente la Corte norteamericana ha ampliado la legitimación de los electores o votantes para controlar el proceso electoral en "Federal Electoral Commission v. Akins", 118 Supreme Court Reporter 1777 (1998), con comentario de SACRISTÁN, Estela B., "Se amplía la legitimación en el derecho norteamericano: los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral", LL 1999-E-101.

[52] Creada por la Consumer Product Safety Act 86 Stat. 1207, 15 USC 2051.

[53] Creada por la Commodity Futures Trading Act, 88 Stat. 1389, 7 USC 4a

[54] Acerca del *overlapping* de las funciones de las comisiones reguladoras puede verse en general SIRICO, Louis J., "Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process", *Vanderbilt Law Review*, vol. 33, nro. 1, 1980, ps. 1-145; y más en particular LEVENSON, Gary D., "FERC-SEC Overlapping Jurisdiction and the Ohio Poer Litigation: A Loss for Taxpayers", *Indiana Law Journal*, vol. 68, nro. 4, 1993, ps. 1417-1454.

[55] Bien es verdad que ya desde el siglo XIX existían la Dirección General de Correos, creada en 1875 por la ley 750, y la Dirección General de Ferrocarriles, creada en 1891 por Ley de Ferrocarriles 2873, a las que puede considerarse como los primeros entes reguladores existentes en nuestro país.

[56] El intervencionismo estatal fue liderado en lo económico por John Maynard Keynes (1883-1946), cuyo pensamiento puede verse en SCHUMPETER, Joseph A., *History of Economic Analysis*, Oxford University Press, 1954, y en el terreno de la ciencia política acusó la influyente opinión de Harold Laski (1893-1950), enrolado intelectualmente en el socialismo democrático y el laborismo. Un estudio bibliográfico de Laski en versión española puede ver en MARTIN, Kingsley, *Harold Laski*, Tecnos, Madrid, 1966.

[57] Es mucho lo que se ha escrito sobre el famoso "crac" (*crash*) de 1929 y sus efectos, dentro y fuera de los Estados Unidos. Uno de sus más profundos estudiosos ha sido el célebre economista norteamericano John Kenneth GALBRAITH (1908-) profesor emérito en las Universidades de Harvard y Princeton, asesor de los presidentes F. D. Roosevelt y John F. Kennedy, y autor de numerosísimas obras, entre ellas, *Modern Competition and Business Policy* (1938), hasta *The Good Society: The Human Agenda* (1966). En relación con la crisis de 1929, véase *The Great Crash 1929*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1979.

[58] Creada en 1933 por ley 11.747, llamada de Defensa Ganadera.

rias corporaciones [59] y cuya creación dio lugar a un famoso caso judicial en el que se cuestionó sin éxito la constitucionalidad de la agremiación obligatoria de los ganaderos [60]; la Junta Reguladora de Granos (luego Junta Nacional de Granos, JNG) [61], que funcionaba como órgano de aplicación de la Ley de Granos destinada a defender el precio de los granos afectados por la situación internacional [62]. Para la producción vitivinícola fue creado el Instituto Nacional de Vitivinicultura (INV) [63]; para la yerba mate apareció en 1934 la Comisión Reguladora de la Yerba Mate [64]. En el ámbito forestal fue creado el Instituto Forestal Nacional (IFONA) [65]. No menos famoso fue por aquella época el Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio (IAPI). Creado en 1946 por decreto-ley 15.350/46 y extinguido por decreto-ley 2395/55, era una entidad autárquica con facultades para intervenir en diversos sectores de la economía en particular en las exportaciones e importaciones.

El cine fue objeto de numerosas regulaciones que comenzaron con la creación en 1933 del Instituto Cinematográfico Argentino [66], el cual luego de varios cambios se convirtió en el Instituto Nacional de Cinematografía [67]. Poco más tarde se superpuso con aquél el Ente de Calificación Cinematográfica [68], bajo la fuerte restricción sufrida por esta actividad durante el gobierno del presidente Onganía [69]. La radiodifusión, por su parte, reglamentada por primera vez en 1929 [70] y luego en normas sucesivas [71], fue puesta en manos del Consejo Nacional de

[59] Por ejemplo, la Corporación Argentina de Productores (CAP), creada en 1934 y disuelta en 1980, y el Mercado de Hacienda de Liniers.

[60] "Inchauspe v. Junta Nacional de Carnes", *Fallos:* 199-483 (1944).

[61] Creada en 1933 por ley 11.742. Sus funciones luego fueron fijadas por la llamada ley de Granos (decreto-ley 6698/1963, modificado por ley 22.108).

[62] Compraba trigo, maíz, y lino mediante recursos adelantados por el Banco de la Nación provistos a través de redescuentos del Banco Central (conf. decreto 31.864/1933) y las eventuales pérdidas se cubrían con el llamado Fondo de Cambios.

[63] Fue creado por ley 14.878. Este organismo tuvo poco éxito en su gestión pues debía representar sectores con intereses divergentes y provincias con problemas diferentes, lo que siempre fue un obstáculo para la integración de su consejo directivo. Su historia muestra que estuvo permanentemente intervenido.

[64] Creada por ley 12.236, luego sustituida por ley 20.371.

[65] Creado en 1948 por ley 13.273.

[66] Art. 69 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

[67] Previsto en la ley 17.741 (BO 30/5/1968).

[68] Creado por ley 18.019 (BO 7/1/1969), hoy derogada.

[69] Un estudio sobre la censura en el cine puede verse en Colautti, Carlos E., *Libertad de expresión y censura cinematográfica*. Fundación de Estudios Legislativos, Buenos Aires, 1983.

[70] Decreto del 10 de abril de 1929.

[71] Pueden verse los orígenes hasta 1970 en Pellet Lastra, Arturo, *Régimen legal de radio y televisión*, Abeledo-Perrot, 1970. Estudios más recientes sobre los entes reguladores de la radiodifusión y las telecomunicaciones pueden verse en Cervio, Guillermo. *Derecho de las telecomunicaciones*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, Cap. II; y Tau Anzoategui, Carlos, *Derecho de la radiodifusión*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, Cap. XVI.

Radiodifusión y Televisión (CONART [72]) y controlada luego por el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) [73].

También el seguro y la actividad bancaria han sido fuertemente regulados y controlados por entes estatales. Por lo pronto, el reaseguro fue declarado en 1953 como servicio público, creándose el Instituto Nacional de Reaseguros (INDER) como ente estatal monopólico de la actividad [74]. La actividad de las compañías aseguradoras fue controlada por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) [75], entidad autárquica que en esta materia cumple un *rol* equivalente al del BCRA en la actividad bancaria [76]. Por último —pero no menos importante—, debe mencionarse la creación, en 1935, del Banco Central de la República Argentina (BCRA) [77], dispuesta por ley 12.155, probablemente el más importante de todos los entes reguladores gestados en aquella época, perfil que adquirió más nítida y definitivamente con su nacionalización en 1946 por medio del decreto-ley 8503, luego ratificado por ley 12.962 [78].

[72] Creado por decreto 15.460/1957, luego ratificado por ley 14.467 y previsto también en el decreto 15.738/1960.

[73] Creado en 1972 por ley 19.798 (BO 23/8/1972) y contemplado luego en la ley 22.285 (BO 19/9/1980).

[74] Decreto 10.073/1953, luego modificado por la ley 21.678, que convirtió al INDER en Sociedad del Estado.

[75] Creada por ley 11.672 de 1933 (11/1/1933) y reglada actualmente en la ley 20.091 (BO 7/2/1973) de Entidades de Seguros.

[76] Ha dicho la Corte que la SSN tiene por función el control de los aseguradores en toda la República, en lo relacionado con su régimen económico y técnico en salvaguarda primordialmente de la fe pública; Córdoba Compañía Argentina de Seguros v. Nación Argentina, *Fallos:* 295-552, 557 (1976). Véase también "Coarfier S.A.", *Fallos:* 193-115 (1942).

[77] Luego de varios proyectos anteriores (por ejemplo el de Molinas en 1917, el de Torino de 1925, el de Uriburu de 1927 y el de Hueyo de 1928), nació el Banco Central bajo la inspiración de Otto Niemeyer, Federico Pinedo y Raúl Prebisch.

[78] La historia del BCRA y la regulación de la actividad bancaria puede trazarse muy sintéticamente en cinco períodos: (a) Primer período (1935-1946): Por medio de la ley 12.155 y de la ley 12.156, se crea el BCRA y se establece el régimen legal de los bancos, respectivamente. Estas leyes responden a las clásicas medidas de intervención destinadas a normalizar la economía a través de la política monetaria y control de los bancos. El BCRA es una sociedad mixta *sui generis* porque la presencia del Estado nacional como accionista no es esencial a su existencia. Sus funciones son: (i) regular los medios de pago; (ii) mantener la liquidez del crédito bancario; (iii) aplicar la ley de bancos, es decir, las disposiciones sobre inspección, verificación y régimen de los bancos establecidas en la ley 12.156; (iv) ser agente financiero del Gobierno nacional y consejero de las operaciones de crédito externo y en la emisión y atención de los empréstitos públicos. La ley 12.156 consagra un sistema bancario privado sin otra injerencia estatal que el control del Banco Central, que ejercía el poder de policía bancario. Acerca de las funciones reguladoras del BCRA en esta primera época, véase SILENZI DE STAGNI, Adolfo, *El Banco Central y la circulación monetaria*, Universidad de Buenos Aires, Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1937. Asimismo, para el período anterior a 1935, puede verse MARTÍNEZ, Cristián, *El Banco Central en la Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1993. (b) Segundo período (1946-1955): La reforma de 1946 dispuesta por el decreto 8503/

Muchos de estos entes reguladores subsistían a comienzos de la década de 1990. En esta época —como bien recordamos—, la historia de la regulación económica y de los entes reguladores en particular sufrió un corte abrupto. Con el dictado del decreto 2.284/91 [79] se produjo una fuerte desregulación de todas las actividades económicas y se suprimieron a su vez buena parte de los entes de regulación que la legislación intervencionista había ido creando en las seis décadas anteriores [80], lo que suscitó un gran interés en su análi-

---

1946 (ratificado por ley 12.962) nacionalizó el Banco Central y sancionó una nueva carta orgánica (decreto 14.957/1946). Centralizó los depósitos bancarios (decreto 11.554/1946) y transformó a los bancos en mandatarios del BCRA. La reforma aspiraba a establecer un sistema que promoviera el crecimiento y la expansión de la economía nacional, instrumentalizando para ese fin la moneda y el crédito. El BCRA suma nuevas funciones a las que ya ejercía, constituyéndose en el conductor de la política económica. La ley 13.571 de 1949 deroga el llamado "sistema del Banco Central". Mantiene nacionalizados el Banco y los depósitos, pero la reforma introducida lo priva de su *rol* de conductor de la política y de la superintendencia sobre pautas y comisiones con función económica (DIFRIERI, Jorge A., *Moneda y bancos en la República Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, ps. 259-299). (c) Tercer período (1956-1973): A partir de 1956 se estructura un nuevo régimen bancario sobre la base de mantener nacionalizado el Banco Central, privatizando los depósitos bancarios. Los bancos dejan de ser mandatarios del Banco Central, que reasume las funciones originarias de 1935. El decreto 14.570/1956 establece la autarquía del BCRA y el decreto 13.125/1956 reintegra los depósitos bancarios a los bancos del sistema. El art. 59 dispone que todos los depósitos que reciban los bancos o entidades bancarias a partir del 1° de diciembre de 1957, "lo serán exclusivamente por su propia cuenta y podrán aplicarlos a sus operaciones corrientes, conforme lo establecido en la ley de bancos y sujetos a las disposiciones del Banco Central". Este ordenamiento mantiene las funciones de conductor de la política crediticia y monetaria, y las de aplicar la ley de bancos y vigilar su cumplimiento. Posteriormente, la ley 18.061 amplió la órbita de actuación del BCRA, al incluir en ella todas las entidades que operan en el mercado financiero público, como las compañías financieras, las sociedades de crédito para consumo y cajas de crédito (art. 16). Cuarto período (1973-1977): Se nacionaliza la banca con la ley 20.520, volviéndose al sistema vigente entre los años 1946 y 1955. Asimismo, la ley 20.574 modifica la ley 18.061 y adapta el régimen jurídico de las entidades financieras a la ley 20.520. Quinto período (desde 1977): La ley 21.495 deja sin efecto el sistema de nacionalización de depósitos y retorna al sistema privado de depósitos. La ley 21.526 deroga la ley 18.061 y su modificatoria, la 20.574. Establece un nuevo régimen, regulando no sólo la actividad bancaria, sino toda la actividad financiera, e incluyendo en su regulación los bancos (comerciales, de inversión, hipotecarios), las compañías financieras, las sociedades de crédito para consumo y las cajas de crédito (arts. 2° y 3°).

[79] BO 1/11/1991, ratificado luego por el art. 29 de la ley 24.307 (BO 30/12/1993).

[80] En el Anexo I del decreto figuran los entes suprimidos. La lectura del decreto permite comprender los vastos alcances de la regulación económica habida entre 1930-1990. Asimismo una explicación jurídica del proceso desregulador puede verse con provecho en BUSTAMANTE, Jorge E., *Desregulación, entre el derecho y la economía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. A su vez, para tener indicadores económicos del costo de la regulación a través del período aquí mencionado, véase el estudio de FIEL: *Los Costos del Estado Regulador*, cit. en nota 2.

sis [81]. Pero al mismo tiempo comenzó a aparecer una nueva generación de entes que se ocuparían del control de las actividades industriales y comerciales desarrolladas por el empresariado estatal hasta la reforma del Estado dispuesta en la ley 23.696 [82].

De modo que en la Argentina de hoy, cuando nos referimos a los *entes reguladores*, aludimos genéricamente y sin mayor precisión a estos *nuevos entes*, hijos directos del movimiento privatizador iniciado en agosto de 1989.

En el orden nacional ellos son, básicamente: (i) la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) [83]; (ii) la Comisión Nacional Reguladora del Transporte (CNRT), creadas por decreto 660/1996 [84]; (iii) el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), creado por ley 24.076 y el decreto 1738/1992 [85]; (iv) el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), creado por ley 24.065 y reglamentado en el decreto 1.398/1992 [86]; (v) el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), creado por ley 23.696 [87], y regulado en el decreto 999/1992 [88]; (vi) el Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires (OCRABA) creado por decreto 1994/1993 [89], y (vii) el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA), creado por decreto 375/1997.

No obstante, es evidente que la regulación económica —y no económica— estatal cuenta además con otros entes que ejercen funciones similares que aparecieron antes o contemporáneamente con éstos. Cito, por ejemplo, la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN) creada por ley 24.804 [90]. Todo ello exige natural-

[81] Véase, entre otros, CASSAGNE, Juan C., "La desregulación de actividades dispuesta por el decreto 2.284/91", *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 7/8, año 3, 1991, ps. 379-387; KAUFMAN, Gustavo A., "Decreto 2284/91: Libertad de comercio 'contra legem'", LL 1992-D-1181 y ss.

[82] BO 23/8/1989.

[83] Originalmente creada como Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) por el decreto 1185/1990 (BO 28/6/1990), fue convertida luego en Comisión Nacional de Comunicaciones por el decreto 660/1996 (BO 27 y 28/6/1996) —por medio del cual se llevó a cabo la llamada "Segunda Reforma del Estado"— que dispuso en su art. 31 la fusión de tres entes: (a) la Comisión Nacional de Telecomunicaciones; (b) La Comisión Nacional de Correos y Telégrafos, creada por decreto 214/1992 (BO 7/2/1991); y (c) el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), creado originariamente por la Ley de Telecomunicaciones 19.798 (BO 23/8/1972) y legislado luego en la Ley de Radiodifusión 22.285 (BO 19/9/1980).

[84] Al igual que en el caso anterior, este ente nace de la fusión —ordenada por el art. 40 del decreto 660/1996— de: (a) la Comisión Nacional de Transporte Automotor (CONTA), creada por decreto 104/1993 (BO 4/2/1993) y (b) la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario, creada por decreto 1836/1993 (BO. 7/9/1993).

[85] BO 12/6/1992 y 28/9/1992, respectivamente.

[86] BO 16/1/1992 y 11/8/1992, respectivamente.

[87] BO 23/8/1989.

[88] BO 30/6/1992.

[89] BO 30/9/1993.

[90] Ley Nacional de la Actividad Nuclear; BO 25/4/1997.

mente precisar en la medida de lo posible el concepto de ente regulador, tarea que abordaré en el punto 3 de este capítulo.

Ahora bien, para responder con cierta precisión a la pregunta acerca de qué son los entes reguladores, me parece importante responder dos interrogantes previos: (a) qué hacen los entes y (b) quién los crea, ya que en posesión de esos datos las respuestas pueden fluir con mayor facilidad. Repasaré primero las facultades asignadas a los entes y luego me dedicaré al órgano encargado de su creación.

2. *Competencia de los entes*

2.1. *En general*

Aun cuando con ello adelanto algunas de las consideraciones que formularé más abajo, cuando me ocupe de la naturaleza de los entes reguladores, debo decir que éstos pueden ser considerados como un *estado dentro del Estado*. Esta característica se hace presente cuando consideramos que aquellos reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional. Una rápida lectura de las normas atributivas de competencia en cada caso nos permite comprobar esta verdad.

Todas ellas poseen una estructura muy similar. Comienzan con una enunciación general de las funciones del ente y finalizan con lo que podríamos denominar una atribución residual o de competencias implícitas. Así, por ejemplo, el ENARGAS tiene como cometido general "(h)acer cumplir la ley 24.076, su reglamentación y disposiciones complementarias, en el ámbito de su competencia, controlando la prestación de los servicios, a los fines de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los términos de la habilitación" [91], disposición que se repite casi textualmente en el ENRE [92]. El OCRABA debe "cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio y los contratos de concesión de la red de accesos a la Ciudad de Buenos Aires y sus normas complementarias realizando un eficaz control y verificación de las concesiones y de los servicios que se presten a los usuarios" [93] y el ETOSS "tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el área regulada, incluyendo la contaminación hídrica en lo que se refiere al control y fiscalización del Concesionario como agente contaminante, de conformidad con lo establecido en este marco regulatorio. En tal sentido tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verifi-

[91] Ley 24.076, art. 52.a.
[92] Ley 24.065, art. 56.a.
[93] Decreto 1994/1993, art. 16.a.

cación del cumplimiento de las normas vigentes, y del contrato de concesión" [94], disposiciones éstas que se repiten con gran similitud en los marcos regulatorios de las comunicaciones [95] y de los servicios de aeropuertos [96].

Asimismo puede comprobarse que todos poseen una cláusula de competencia residual, que bien puede ser ejemplificada con la del ENARGAS, según la cual le corresponde: "(e)n general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación" [97]. Esta disposición se repite también con gran parecido en otros marcos regulatorios [98]. No obstante ello, algunos pronunciamientos tienden a no extender innecesariamente la competencia de los entes [99].

2.2. *Competencia legislativa*

Todos los entes reguladores poseen facultades reglamentarias otorgadas por lo general en forma bastante amplia, las que se extienden, sin perjuicio de otras, a las siguientes materias:

1. Seguridad de las instalaciones [100].
2. Procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos [101].
3. Control y uso de medidores de interrupción y reconexión de los suministros [102].

[94] Decreto 999/1992, art. 17, primera parte.

[95] Es función de la CNC: aplicar, interpretar y hacer cumplir las leyes, decretos y demás normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones. Administrar el espectro radioeléctrico excluyendo el de radiodifusión, realizar la gestión de órbitas de los satélites y disponer las medidas relativas a la provisión de servicios satelitales en el país y autorizar el uso e instalación de los medios y sistemas satelitales para telecomunicaciones. Ejercer las atribuciones de autoridad de aplicación de la Ley Nacional de Telecomunicaciones y sus normas reglamentarias, así como las funciones que el anexo I del decreto 62/1990 y sus modificatorios, y las licencias que se otorguen atribuyan a la autoridad regulatoria, expidiendo los reglamentos y actos pertinentes (decreto 1185/1990, art. 6°).

[96] El ORSNA debe: Hacer cumplir el decreto 375/1990 y sus disposiciones complementarias en el ámbito de su competencia, supervisando el cumplimiento de las obligaciones y prestación de los servicios por parte del concesionario (decreto 375/1997, art. 17.14).

[97] Ley 24.076, art. 52.x.

[98] ENRE, ley 24.065, art. 56.s; ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.36; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.u.; OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.y.

[99] Así, por ejemplo, en "Gasnor SA v. Municipalidad de S.M. de Tucumán", CCAF, sala III, 14/5/1996, fue decidido que el ENARGAS carece de competencia para decidir acerca de la concurrencia de los poderes tributarios municipales con aquél, ya que esta potestad no surge ni expresa ni implícitamente del art. 52 de la ley 24.076.

[100] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.b.

[101] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.b., ENRE ley 24.065, art. 56.b.

[102] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.b.

4. Procedimientos para el mantenimiento de los bienes afectados al servicio [103].
5. Procedimiento para la aplicación de las sanciones [104].
6. Reglamento de audiencias públicas [105].
7. Reglamento para trámites y reclamaciones de los usuarios [106].
8. Sistemas y procedimientos para administrar, operar, conservar y mantener los aeropuertos [107].
9. Seguridad radiológica y nuclear [108].

También está autorizado a los entes ejercer la delegación de sus facultades. Esta delegación puede ser hecha a favor de los funcionarios del propio ente para asegurar una eficiente y económica aplicación de la ley, tal como está previsto expresamente en los marcos regulatorios del gas [109] y de la electricidad [110]. O bien puede existir una delegación progresiva hacia los gobiernos provinciales para que asuman aquellas funciones que compatibles con su competencia, tal como está contemplado en el caso del ENARGAS [111].

Una cuestión teórica, pero con algunos alcances prácticos, es tratar de determinar en qué tipo de reglamentos cabe ubicar a los que emiten los entes reguladores [112]. Si bien se trata de un terreno completamente entregado a la casuística, como principio pueden establecerse dos grandes grupos: (a) los entes creados por decreto y (b) los entes creados por ley. En el caso de los primeros, si el reglamento procede de una facultad específicamente atribuida por el Congreso, habrá un reglamento delegado. Si, por el contrario, se tratara de un reglamento propio del ente, estaremos frente a un reglamento autónomo. Los segundos, por su lado, proceden de un reglamento autónomo del Poder Ejecutivo; por tanto, el dictado de sus reglamentos constituye el ejercicio de una facultad delegada por aquél ¿A qué clase de reglamento nos estamos refiriendo en este caso? La doctrina administrativa argentina no ha desarrollado una clasificación específica para este tipo de reglamentos, que por otra parte son muy comunes no sólo en el ámbito de los

[103] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.c.

[104] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.ñ; ENRE, ley 24.065, art. 56.m.

[105] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.l; ENRE, ley 24.065, art. 56.j. El régimen de audiencias públicas del ENRE fue sancionado por medio de la resolución 39/1994 del 29/4/1994; BO 9/5/1994 y RAP nro. 192, p. 92. Acerca de este punto me remito a lo que diré *infra* nota 147.

[106] ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.b. El Reglamento del usuario del ETOSS fue aprobado por resolución 32/1994, del 14/4/1994; BO 27/5/1994 y RAP nro. 192, p. 97.

[107] ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.1.

[108] ARN, ley 24.804, art. 16.a.

[109] Ley 24.076, art. 52.u.

[110] Ley 24.065, art. 56.r.

[111] Ley 24.076, art. 52.w.

[112] Respecto de la tipología de los reglamentos en un trabajo reciente véase BARRA, Rodolfo C., "Reglamentos Administrativos", LL diario del 1/12/1999.

entes reguladores, sino fuera de ellos. Las cuatro clases de reglamentos existentes están en referencia a una determinada posición del reglamento frente a la ley [113], pero no en relación con otro reglamento. No obstante, es posible formular una distinción similar a la de los entes creados por ley.

Una segunda cuestión que también suscita interés es el procedimiento de formación de los reglamentos, donde aparece lo relativo a la audiencia pública, sin perjuicio de que ésta no es un procedimiento privativo de la sanción de un reglamento. En la Argentina, tradicionalmente, no se ha prestado mayor atención a esta cuestión. Así como el proceso de formación del acto administrativo individual sí ha merecido un especial interés, y de hecho está registrado en la Ley de Procedimientos Administrativos, como medio de protección de los derechos del administrado, no ha ocurrido lo mismo con el proceso de formación del acto de alcance general [114], que recién cobró relevancia luego de la Reforma del Estado. Por el contrario, en los Estados Unidos, el llamado *rulemaking* está expresamente legislado en la Ley de Procedimiento Administrativo [115] y ocupa un lugar destacado en los estudios de derecho administrativo [116]. Existen dos tipos de *rulemaking*: el informal y el formal [117]; este último exige llevar adelante un procedimiento muy similar al de un auténtico juicio. Ambos permiten la participación del administrado en el proceso de formación del reglamento, a través de un *hearing* (audiencia), que puede permitir una participación tanto oral como escrita de los administrados [118]. Existe además otra forma de participación pública, pero sólo permite estar presente y escuchar sin tomar intervención activa. Son las llamadas sesiones abiertas (*open meetings*), también previstas en la Ley de

[113] Si la reglamenta, es un reglamento *ejecutivo*; si procede de una delegación, es *delegado*; si por razones de necesidad y urgencia se ha atribuido facultades legislativas, es *de necesidad y urgencia*, y si no tiene referencia alguna a la ley, se lo llama *autónomo*.

[114] Parecería que la formación del acto de alcance general fue considerada una cuestión interna de la administración y que recién importaba al administrado una vez puesto en vigencia y publicado, momento a partir del cual la ley 19.549 y su reglamento establecen las reglas para su impugnación (ley 19.549, art. 24 y decreto 1759/1972 —mod. por decreto 1883/1991—, arts. 73, 83, 103 y 104).

[115] *Administrative Procedure Act*, 5 USC, §§ 500-570.

[116] Sin perjuicio de los estudios existentes en libros generales de derecho administrativo, hay además trabajos específicos, O'Reilly, James T., *Administrative Rulemaking: Structuring, Opposing, and Defending Federal Agency Regulations*, McGraw Hill, 1983.

[117] El primero está previsto en 5 USC, § 553 y el segundo en los §§ 553(c), 556 y 557. El primero además puede ser negociado o acordado con los administrados según lo previsto en § 561.

[118] En "United States v. Florida East Coast Railway Co.", 410 U.S. 224 (1973), la Corte admitió que un *hearing* podía significar también la intervención por escrito del administrado sin tener que llevarse a cabo una audiencia oral.

Procedimientos Administrativos [119]. Así, el origen norteamericano de nuestros nuevos entes reguladores [120] ha llevado a incorporar a su procedimiento la llamada audiencia pública como elemento de protección de los derechos de los usuarios y demás administrados, existiendo un debate doctrinario acerca del rango constitucional que posee la exigencia de llamar a audiencia como requisito del debido proceso [121]. Jurisprudencialmente, la tesis de la no exigencia constitucional se ha impuesto ya en algunos casos [122].

Por último cabe mencionar que en materia de reglamentos de los entes reguladores, se ha desarrollado la teoría de la "captura de los entes" según la cual las empresas que prestan los servicios privatizados tratan de limitar u obstaculizar la entrada en el mercado de otros competidores de esos mismos servicios induciendo al ente a que dicte regulaciones más extensas y complejas cada vez con el propósito de desalentar la obtención de una concesión o licencia [123].

2.3. Competencia administrativa

En el ejercicio de su actividad administrativa, los entes cumplen una serie de cometidos que pueden básicamente enumerarse así:

a) *Facultades*: (i) fiscalización y control del concesionario o licenciatario; (ii) aprobación de tarifas; (iii) protección del usuario; (iv) aprobación de planes de mejora y expansión; (v) prevención de conductas monopólicas; (vi) protección del medio ambiente, la propiedad y la seguridad pública; (vii) intervención en cuestiones contractuales; (viii) establecimiento de restricciones al dominio; (ix) actuación en sede judicial, y (x) percepción de tasas.

[119] 5 USC, § 552b. Sobre este tema puede verse TAYLOR SCHWING, Ann, *Open Meetings Laws*, Fathom Pub. Co., Anchorage, Alaska, 1994. En la Argentina esta cuestión ha sido abordado por SACRISTÁN, Estela B., "Las sesiones públicas (open meetings) del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, nros. 27-29, Depalma, 1998, p. 389.

[120] Ver *supra* nota 8.

[121] Gordillo la considera parte del derecho al debido proceso y le otorga rango constitucional (*Tratado de derecho administrativo*, t. II, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, Cap. XI, ps. 2 y 3), opinión que no coincide con la expuesta por Cassagne (CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 148) quien sostiene: "*en ninguna parte del art. 42 de la Constitución Nacional se menciona ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos*".

[122] CCAF, sala I, "Edenor v. Estado Nacional (Secretaría de Energía)", 5/9/1995, LL 1996-C-445. Se decidió aquí que la resolución 14/1993 del ENRE mediante la cual se aprobó la "Base Metodológica para el Control del Producto Técnico", había sido válidamente dictada sin que hubiera habido "*una tarea participativa y consensuada*" de la empresa recurrente.

[123] La exposición de esta teoría puede verse en BARBARA, Jorge Edmundo, "La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos", LL 1996-E-875.

b) *Obligaciones*: (i) dar asesoramiento; (iii) dar publicidad de sus actos; (iii) informar al ministerio del cual dependen, y (iv) deber de confidencialidad.

2.3.1. *Facultades*

Veamos sintéticamente las facultades que poseen.

2.3.1.1. *Fiscalización y control del concesionario o licenciatario*

El control o fiscalización sobre el concesionario o licenciatario constituye una de las actividades más específicas de los entes y está dentro de las que justifican su existencia. Está constituida por un diverso grupo de facultades y abarca en términos generales lo siguiente:

a) El régimen tarifario vigente [124].
b) Los planes de obra y de mantenimiento aprobados [125].
c) Los planes de mejoras y expansión aprobados y los planes de inversión, operación y mantenimiento [126].
d) El mantenimiento de las instalaciones afectadas a las obras y servicios [127].
e) La vigencia de seguros y garantías, y sus actualizaciones [128].
f) La homologación de equipos y materiales de uso específico en telecomunicaciones [129].
g) El cumplimiento del requisito de selección competitiva de proveedores [130].

Además de ello, en algunos casos está previsto que el ente intervenga en la valorización de aportes en especie para la formación e incrementos posteriores del capital de la sociedad concesionaria y fiscalizar los ajustes anuales de capital social que prevea el contrato de concesión [131]. También pueden analizar y expedirse acerca del informe anual que los concesionarios deberán presentar,

[124] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.n; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.l.
[125] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.j.
[126] ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.f; CNC, decreto 1185/1990, art. 6.e.
[127] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.s; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.q.
[128] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.w.
[129] CNC, decreto 1185/1990, art. 6.f.
[130] CNC, decreto 1185/1990, art. 6.j.
[131] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.v.

dar a publicidad sus conclusiones y adoptar las medidas que contractualmente correspondan [132].

A los efectos de concretar el control, los entes pueden en primer lugar efectuar un requerimiento de información, que es una facultad ampliamente reconocida [133] y poseen además el derecho de inspección, facultad que en algunos casos está reconocida expresamente. El ENARGAS, por ejemplo, puede realizar las inspecciones que resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder de acuerdo con lo dispuesto en el marco regulatorio [134]. También tiene expresamente reconocido el derecho de inspección la ARN [135]. En orden al ejercicio de este tipo de facultades se ha permitido al ENRE requerir las especificaciones técnicas con los equipos que a su entender resulten más aptos para dicho cometido, sin que pueda invocarse que en el contrato de concesión tal exigencia no figura, pues la legislación regulatoria debe valer por sobre cualquier otro texto [136]. Asimismo, cuando como consecuencia del ejercicio de estas facultades se comprobara que por culpa del concesionario existe un serio peligro para los usuarios o los bienes afectados al servicio, algunos entes pueden requerir al Poder Ejecutivo Nacional la intervención cautelar de aquél [137].

2.3.1.2. Tarifas

La segunda facultad en orden de importancia, a mi juicio, es la que se ejerce en cuestiones tarifarias, donde los entes poseen básicamente las siguientes facultades:

a) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas[138].
b) Controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de la ley[139].
c) Aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores[140], disponiendo la publicación de aquélla a cargo de éstos[141].

[132] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.l.; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.g.

[133] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.o.; ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.23 y 29; ENRE, ley 24.065, art. 56.n.; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.c.; OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.g.

[134] Ley 24.076, art. 52.o.

[135] Ley 24.804, art. 16.d.

[136] CCAF, sala I, "Edenor SA v. Estado Nacional (Secretaría de Energía)", 5/9/1995, LL 1996-C-446.

[137] ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.p., OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.r.

[138] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.e; ENRE, ley 24.065, art. 56.d;.

[139] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.e;

[140] ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.7.; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.k

[141] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.f.

d) Intervenir en las actualizaciones tarifarias [142].
e) Verificar la procedencia de las revisiones y ajustes que deban aplicarse a los valores tarifarios [143].

En caso de advertir que una tarifa resulta inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial, el ENRE y el ENARGAS deben notificar de tal circunstancia al prestador del servicio y convocan a una audiencia pública luego de la cual deben dictar resolución [144]. No obstante, quien solicite o promueva la modificación soportará la carga de la prueba respectiva [145]. Estas facultades en materia tarifaria han sido judicialmente ratificadas [146].

2.3.1.3. Protección del usuario

La protección del usuario es sin dudas un aspecto polifacético en los entes reguladores, que se complementa con la facultad de dictar el reglamento del usuario. Se destacan las siguientes actividades generales y expresas:

a) Organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas [147].
b) Atender los reclamos de los usuarios en relación con la prestación de los servicios o tarifas, y producir en todos los casos una decisión fundada [148].
c) Resolver en instancia administrativa los reclamos de los usuarios u otras partes interesadas [149].
d) Informar y asesorar a los usuarios acerca de sus derechos y de los servicios a los que pueden acceder [150].

Son múltiples las tareas que en este terreno puede realizar un ente regulador. Así, por ejemplo, el ENARGAS ha dejado sin efecto los modelos de contrato elaborados por una distribuidora con sus clientes para ser tenidos como Grandes Usuarios, por considerar que eran abusivos e inequitativos, resolución luego confirmada judicialmente [151].

[142] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.x.
[143] ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.j.
[144] ENARGAS, ley 24.076, art. 47; ENRE, ley 24.065, art. 48.
[145] ENARGAS, decreto 1738/1992, art. 47.
[146] CCAF, sala II, "Compañía General de Gas SA v. ENARGAS", 1/4/1997, ver. Cons. 8; *idem*, sala IV, "ADECUA (Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina) v. ENARGAS", 9/3/1998, ver cons. VII, puntos 7 y 8.
[147] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.l; ENRE, ley 24.065, art. 56.j. Véase lo que digo *supra* Cap. II.2.2.
[148] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.m; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.h. e i.
[149] CNC, decreto 1185/1990, art. 6.q.
[150] ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.27.
[151] CCAF, sala II, "Litoral Gas SA v. ENARGAS", 25/4/1996.

2.3.1.4. Planes de mejora y expansión

En general, es común observar que los entes intervienen en la formulación de planes de expansión y mejora de los servicios, ya sea para analizarlos y proponerlos [152], o bien para aprobarlos [153]. La CNC, por ejemplo, puede adoptar las medidas necesarias para que la red pública de telecomunicaciones sea capaz de incorporar nuevos servicios, en particular, aquellos para los cuales exista una demanda razonable [154].

2.3.1.5. Prevención de conductas monopólicas

Es función de los entes prevenir conductas monopólicas. Así, en el gas y la energía eléctrica deben prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria [155]. En materia de telecomunicaciones se ha previsto que esa prevención incluye los subsidios desleales que reciban los servicios en régimen de competencia de parte de los servicios en régimen de exclusividad o prestados sin competencia efectiva [156]. En esta materia se ha decidido que si bien la ley 24.240 de Defensa del Consumidor [157] tiene incidencia sobre la prestación de los servicios públicos, ello no libera al ENARGAS de cumplir con las funciones específicas que el marco regulatorio del gas le confiere al respecto [158].

2.3.1.6. Protección del medio ambiente, la propiedad y la seguridad pública

En esta materia, el ENARGAS debe velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de transporte y distribución de gas natural, incluyendo el derecho de acceso a la propiedad de los productores, transportistas, distribuidores y consumidores previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza potencial a la seguridad y conveniencia pública [159], obligación similar a la que

[152] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.k.
[153] ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.e.
[154] CNC, decreto 1185/1990, art. 6.n.2.
[155] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.d; ENRE, ley 24.065, art.56.e.
[156] CNC, decreto 1185/1990, art. 6.i.
[157] BO 15/10/1993.
[158] CCAF, sala II, "Metrogas v. Enargas", 9/11/1994, LL 1995-B-108.
[159] Ley 24.076, art. 52.m.

posee el ENRE [160]. El OCRABA debe elaborar una planilla ecológica en la que mensualmente se registre el impacto ambiental de las obras y servicios del acceso y proponer al Secretario de Obras Públicas y Comunicaciones la concertación de actividades con los entes públicos y privados que correspondan para la adopción de las medidas tendientes a encarar de modo integral la defensa del mejoramiento del medio ambiente [161]. Es facultad del ORSNA controlar la operación y/o expansión de los aeropuertos a fin de lograr una protección eficaz del medio ambiente y de la seguridad pública [162]. Por su lado, la ARN debe evaluar el impacto ambiental de toda actividad que licencie, entendiéndose por tal a aquellas actividades de monitoreo, estudio y seguimiento de la incidencia, evolución o posibilidad de daños ambiental que pueda provenir de la actividad nuclear licenciada [163].

2.3.1.7. Cuestiones contractuales

Los entes poseen, asimismo, una amplia gama de facultades relacionadas con el procedimiento de selección adjudicación y extinción de los contratos de concesión o licencia. Así, por ejemplo, pueden:

a) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de licencias [164], o bien intervenir en dicho proceso [165].
b) Asistir al Poder Ejecutivo Nacional en las convocatorias a licitación pública y suscribir los contratos de concesión [166].
c) Propiciar [167], intervenir en [168] o directamente disponer [169] la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de las concesiones.

[160] Ley 24.065, art. 56.k
[161] Decreto 1994/1993, art. 16.e.
[162] En cumplimiento de esta atribución, el Organismo Regulador tendrá derecho de acceso a las instalaciones aeroportuarias, a efectos de investigar cualquier amenaza real o potencial a la seguridad y conveniencia públicas, en la medida en que no obste a la aplicación de normas específicas (decreto 375/1997, art. 17.28).
[163] Ley 24.804, art. 16.m.
[164] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.h; ENRE, ley 24.065, art. 56.f.
[165] ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.4.
[166] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.i; ENRE, ley 24.065, art. 56.g.
[167] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.j; ENRE, ley 24.065, art. 56.h; ARN, ley 24.804, art. 16.e
[168] OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.ñ, y ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.n.
[169] ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.20.

2.3.1.8. Restricciones al dominio

Los entes pueden establecer, a pedido de los concesionarios, los bienes que deban ser afectados a expropiación o servidumbre [170], o bien autorizar las servidumbres de paso y otorgar otras autorizaciones [171].

2.3.1.9. Actuación judicial

Todos los entes, en la medida en que son entidades autárquicas y pueden estar en juicio, tienen reconocida expresamente la facultad de actuar judicialmente con el objeto de promover las acciones civiles o penales que tiendan a asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de las leyes respectivas y sus reglamentaciones [172]. En algunos casos, les es permitido también solicitar órdenes de allanamiento y requerir el auxilio de la fuerza pública cuando ello fuera necesario para el debido ejercicio de las facultades otorgadas [173]. Sólo existen algunas pocas restricciones a la actuación judicial. Tal, por ejemplo, el ORSNA, el cual no puede actuar en aquellos casos en los que sean parte organismos o dependencias gubernamentales, en ejercicio de potestades públicas [174].

2.3.1.10. Percepción de tasas

Por último, es facultad corriente de los entes fijar y percibir las tasas, derechos y aranceles, los que pasan a integrar su patrimonio. Así, por ejemplo, en materia de telecomunicaciones [175], electricidad [176], agua [177], gas [178] y actividades nucleares [179]. En los casos del gas, la electricidad y las actividades nucleares, la falta de pago de la tasa habilita al ente a expedir un certificado de deuda que obra como título ejecutivo [180]. La facultad de percibir tasas, no obstante, no

[170] ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.r; OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.t.
[171] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.k.
[172] ENARGAS, ley 24.076, art. 52.n, ENRE, Ley 24.065, art. 56.l.
[173] ARN, ley 24.804, art. 16.f.
[174] Decreto 375/1997, art. 17.31.
[175] Decreto 1185/1990, art. 6.s.
[176] Ley 24.065, art. 66.a, 67, y 68.
[177] Decreto 999/1992, art. 25.c.
[178] Ley 24.076, art. 62.a, 63.
[179] Ley 24.804, art. 26.
[180] ENRE, ley 24.065, art. 69, ENARGAS, ley 24.076 art. 64 y ARN, ley 24.804, art. 26, 5° párrafo.

habilita a los entes a modificar la base imponible para el cálculo de éstas, lo que resulta contrario al principio de legalidad [181].

2.3.1.11. Aplicación de sanciones

En mi opinión, la potestad de los entes reguladores de aplicar sanciones debe ser estudiada dentro de sus facultades jurisdiccionales como una modalidad de éstas, por lo que me remito a lo que diré más abajo en el punto 2.4.

2.3.2. Obligaciones

2.3.2.1. Brindar asesoramiento

Entres sus obligaciones, los entes cuentan la de asesorar, la cual deriva de su capacitación técnica. Este asesoramiento debe brindarse a los concesionarios, licenciatarios o sujetos de la industria respectiva, a los usuarios y al Poder Ejecutivo. El ENARGAS, por ejemplo, debe publicar información y asesorar a los sujetos de la industria del gas natural, siempre que con ello no perjudique indebidamente los derechos de terceros [182], obligación concebida en términos muy similares para el ENRE [183]. La CNC está obligada a asesorar al Poder Ejecutivo Nacional respecto a si los nuevos servicios que se introduzcan en el mercado deben prestarse en régimen de competencia o de exclusividad, teniendo en cuenta para ello que los nuevos servicios se prestarán en régimen de exclusividad sólo cuando ello sea técnica o económicamente necesario [184]. Asimismo, recomendará los requisitos necesarios del suministro de la información contable de costos y de operaciones, así como toda otra que sea razonablemente necesaria para asegurar el cumplimiento de las condiciones de las licencias [185]. El ORSNA debe asistir al Poder Ejecutivo Nacional, o al órgano que éste designe, en la implementación de la concesión y en la redacción de los instrumentos correspondientes [186] e intervenir, en coordinación con la Fuerza Aérea Argentina, en las deliberaciones

[181] CCAF, sala II, "Central Costanera S. v. ENRE", 24/9/1996.

[182] Ley 24.076, art. 52.p.

[183] Ley 24.065, art. 56.ñ.

[184] El asesoramiento deberá contener una evaluación acerca de si los ingresos producidos por los nuevos servicios prestados en régimen de exclusividad deben computarse en el régimen de tarifas aplicable a los servicios existentes prestados en el mismo régimen (decreto 1185/1990, art. 6.r).

[185] Decreto 1185/1990, art. 6.r.

[186] Decreto 375/1997, art. 17.5.

de los organismos internacionales con atribuciones en materias aeroportuarias y en la celebración de los acuerdos respectivos [187].

2.3.2.2. Dar publicidad de sus actos

La segunda obligación computable para los entes es la de publicar sus actividades. Así, el ENARGAS tiene que publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios [188] y asegurar la publicidad de las decisiones que adopte, incluyendo los antecedentes sobre la base de los cuales fueron adoptadas éstas [189], normas coincidentes con las del ENRE [190]. El OCRABA [191] y el ETOSS [192] deben dar a publicidad, con la debida antelación, los planes de obra y los cuadros tarifarios que se aprueben, y el ORSNA tiene que asegurar la publicidad de las decisiones que adopte, pudiendo incluir los antecedentes sobre la base de los cuales fueron adoptadas [193].

2.3.2.3. Informar al Ministerio o jurisdicción del cual dependen

Dada su condición de entidades autárquicas, todos los entes dependen de un ministerio o jurisdicción de la Administración central, a la cual está obligados a informar de sus actividades. El ENRE [194] y el ENARGAS [195] deben someter anualmente al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nacional un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los consumidores y el desarrollo de la industria del gas natural. El OCRABA debe presentar un informe anual al secretario de Obras Públicas y Comunicaciones sobre las actividades realizadas, sugerencias sobre medidas a adoptar, y cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios [196]. El ORSNA tiene que elevar anualmente un informe sobre la situación aeroportuaria y recomendaciones sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los usuarios y el desarrollo de la

[187] Decreto 375/1997, art. 17.11.
[188] Ley 24.076, art. 52.g.
[189] Ley 24.076, art. 52.r.
[190] Ley 24.065, art. 56.e y p.
[191] Decreto 1994/1993, art. 16.h.
[192] Decreto 999/1992, art. 17.d.
[193] Decreto 375/1997, art. 17.33.
[194] Ley 24.065, art. 56.q.
[195] Ley 24.076, art. 52.s.
[196] Decreto 1994/1993, art. 16.q.

actividad aeroportuaria [197]. Por último, la ARN debe someter anualmente al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público [198].

2.3.2.4. Deber de confidencialidad

En cuarto lugar, los entes están obligados a cumplir con un deber de confidencialidad para evitar que la divulgación de la información que poseen pueda resultar perjudicial. Esta obligación se hace especialmente sensible en los pedidos de información que los entes pueden requerir según lo visto en 2.3.1.1. Así por ejemplo el ENARGAS está obligado a preservar la confidencialidad de los datos que obtenga en el ejercicio de su facultad de requerir información a los transportadores o distribuidores [199]. También pesa sobre el ETOSS [200] y el OCRABA [201] la obligación de mantener rigurosa confidencialidad sobre la información comercial que obtengan de los concesionarios.

2.4. Competencia jurisdiccional

2.4.1. Tres aspectos generales

La competencia de los entes reguladores en materia jurisdiccional constituye, sin dudas, un capítulo más de la *vexata quaestio* relativa al ejercicio de poderes jurisdiccionales en la Administración, sobre la que tanto se ha escrito —y se seguirá escribiendo— desde los tribunales [202] y la doctrina [203]. Si bien es indudable que la aparición de los *nuevos entes reguladores* ha reavivado el interés sobre el tema, permitiendo así la aparición de valiosos trabajos [204], lo

[197] Decreto 375/1997, art. 17.9.
[198] Ley 24.804, art. 16.n.
[199] Ley 24.076, art. 52.o.
[200] Decreto 999/1992, art. 17.s.
[201] Decreto 1994/1993, art. 16.u.
[202] Sin dudas, el *leading case* en la materia sigue siendo "Fernández Arias v. Poggio", *Fallos:* 247-646 (1960).
[203] No es éste el lugar indicado para recordar los muchos trabajos existentes sobre esta materia. Personalmente me ocupé hace algún tiempo de ella en *Apuntes en torno al concepto de juez natural con particular referencia a los jueces administrativos*, ED 127-933.
[204] Me remito a uno de los estudios pioneros: AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de los servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración. Con especial referencia al ente regulador del gas y de la energías eléctrica", *Anuario de Derecho*, Universidad Austral, nro. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 181-254. Puede verse también HUICI, Héctor, "La postestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos", LL 1996-B-981.

cierto es que, en realidad, la legislación creadora de estos nuevos entes no ha innovado esencialmente sobre la ya existente [205]. Con esto quiero decir que los entes reguladores, creados a partir de la reforma del Estado, no han incorporado realmente una nueva corriente sobre las facultades jurisdiccionales de la Administración Pública. En todo caso han reeditado antiguas dudas, o reafirmado viejas creencias. Tal como veremos en el punto 4 de este capítulo cuando desarrolle la noción de ente regulador, no hay diferencia alguna entre las facultades jurisdiccionales que ejerce el Banco Central sobre las entidades financieras, que las que ejercen el ENARGAS o el ENRE sobre los sujetos de las industrias por ellos reguladas.

Para comprender mejor esta cuestión, es preciso recordar que el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la Administración exige básicamente la determinación de tres aspectos: (a) qué debe entenderse por actividad jurisdiccional; (b) qué valor como instancia se le asigna al órgano o ente que produce una decisión jurisdiccional, y (c) cuáles son los alcances del control judicial posterior.

El primero es probablemente el más difícil de determinar, pues no existe un consenso claro acerca de la noción de facultad jurisdiccional. Podría decirse que está definida en algunos marcos regulatorios como el del gas donde el artículo 66 establece que "*(t)oda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley... deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente*", disposición que se repite con bastante parecido en el de la energía eléctrica [206] y los aeropuertos [207]. Así, donde pueda suscitarse un "caso" en el sentido judicial del término susceptible de ser llevado a la Justicia, habrá materia jurisdiccional en la que estos entes tendrán intervención previa y obligatoria.

Tengo para mí, sin embargo, que la función jurisdiccional del ente puede ser más amplia aún. No tengo dudas, por ejemplo, de que las facultades disciplinarias que todos [208] los entes poseen constituyen un típico caso de ello. No hay aquí una controversia específica entre diferentes sujetos, pero sí hay una decisión —la de aplicar o no aplicar una sanción y en el primer supuesto el grado o monto de ésta— que es típicamente jurisdiccional [209]. De hecho, la propia redacción

[205] Tal como diré en las conclusiones de este trabajo, en el derecho —al igual que en otros campos— hay cuestiones que se ponen de moda. Surge entonces el interés y la necesidad de abordarlas. Con los entes reguladores ha pasado algo similar.

[206] Ley 24.065, art. 72.

[207] Decreto 375/1997, arts. 17.30 y 29.

[208] Además del ENRE, el K y la ARN que citaré más abajo, véase OCRABA, decreto 1994/1993, art. 16.o; ETOSS, decreto 999/1992, art. 17.o; CNC, decreto 1185/1990, art. 6.t, ORSNA, decreto 375/1997, art. 17.32.

[209] Aun cuando no se han encarado desde este punto de vista, las facultades sancionadoras de los entes han sido analizadas por THURY CORNEJO, Valentín, *Fundamentos y límites de la postestad sancionadora de los entes reguladores de los servicios públicos (En especial referencia al ENRE y al ENARGAS)* RAP, nro. 207, ps. 26-74.

de algunas normas nos indica la existencia de un proceso y la exigencia de respetar el *debido proceso*. Tanto el ENRE [210] como el ENARGAS [211], pueden aplicar las sanciones previstas en los respectivos marcos regulatorios, en sus reglamentaciones y en los términos de las habilitaciones o contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso [212]. Igual disposición rige para la ARN [213]. Por otro lado la existencia de una relación estrecha entre la aplicación de una sanción (pecuniaria en el caso) y el ejercicio de facultades disciplinarias ha sido judicialmente reconocida. Así, se ha dicho que "*...en virtud de lo dispuesto por el artículo 66 del marco regulatorio de la industria del gas, toda controversia que se suscite entre los sujetos de la ley o con terceros interesados debe ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ENARGAS, confiriéndosele entonces de modo expreso la facultad de dirimir los conflictos llevados ante él. Esta atribución puede ser razonablemente ejercida en concordancia con aquélla otorgada en el artículo 59, inc. g) referida a la aplicación de sanciones, por lo que la imposición de una multa en la resolución de un caso entre un particular usuario del servicio público y la empresa distribuidora no importa un exceso en los límites de la competencia del Ente*" [214].

El segundo punto también es interesante para el análisis. Por lo general, las decisiones jurisdiccionales en materia administrativa son encomendadas a los llamados *tribunales administrativos* y por ello se ha sostenido que así debe considerarse a los entes reguladores cuando actúan en su capacidad jurisdiccional [215], doctrina que también ha sido insinuada en los Estados Unidos [216]. Las conclusiones que de ello se derivan, en punto al valor de esta instancia, generan alguna controversia. Legislativamente, está previsto en los marcos regulatorios del gas y la energía eléctrica que la primera instancia judicial queda sustituida por el ente, ya que el control que los tribunales realizan sobre estas decisiones se hace a través de un recurso directo ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Pero nada obsta, sin embargo, a que en estos dos sistemas pueda recurrirse previamente por vía de alzada ante la Administración central [217], lo que —podría sostenerse— desnaturaliza el propósito de independizar

[210] Ley 24.065, art. 56.o.

[211] Ley 24.076, art. 52.q.

[212] El producido de las multas conforme lo dispuesto por la ley 24.447 (BO 30/12/1994), ingresa al Tesoro Nacional a partir del comienzo del ejercicio fiscal 1995.

[213] Ley 24.804, art. 16.g.

[214] CCAF, sala IV, "Metrogas SA v. Enargas", 6/5/1997, cons. IX.

[215] AGUILAR VALDEZ, "Reflexiones...", cit. en nota 204, ps. 236 y 254. En igual sentido CINCUNEGUI, Juan B., "Entes Reguladores de Servicios Públicos", en RAP nro. 188, ps. 11/26, esp. p. 13.

[216] SOMMER, Susan, "Independent Agencies as Article One tribunals: Foundations of a Theory of Agency Independence", *Administrative Law Review*, vol. 39, nro. 1, 1987, ps. 83-100.

[217] ENRE, ley 24.065, art. 76; ENARGAS, ley 24.076, art. 70.

al ente de la tutela de aquélla. Distinto es el caso del ORSNA, donde, si bien sus decisiones jurisdiccionales agotan la instancia [218], no está previsto un recurso judicial directo. En el caso de la ARN, también está previsto un recurso directo ante el mismo tribunal contra las sanciones impuestas a los sujetos de la ley [219].

El tercer punto, y probablemente el más importante, es el alcance restringido o amplio del control. Será restringido si la justicia no puede revisar los hechos y será amplio si, a tenor de lo establecido por el *leading case* "Fernández Arias" [220], debe revisarlos. En la Argentina este problema concluye aquí. En los Estados Unidos, por el contrario, la cuestión ha alcanzado niveles un poco más sofisticados al abordarse en extenso la cuestión de la *deferencia* o *acatamiento* que los tribunales judiciales deben observar respecto de la interpretación que los entes reguladores han hecho de las leyes cuya aplicación les incumbe [221]. En otras palabras, el problema consiste en si la interpretación administrativa de la ley es o no mandatoria para los jueces y, en todo caso, bajo qué condiciones debe serlo. Sobre este punto, la Corte Suprema elaboró históricamente dos criterios que en el fondo son bastante similares: el primero procede del caso "Bowles v. Seminole Rock & Sand Co." [222], y el segundo —elaborado cuarenta años más tarde— nació con el *leading* "Chevron USA v. Natural Resources Defense Council, Inc." [223], todavía vigente [224] pese a la gran controversia doctrinaria que ha generado [225].

[218] Decreto 375/1997, art. 30.

[219] Ley 24.804, art. 14.g.

[220] *Fallos:* 247-646 (1960).

[221] Entre nosotros, esta cuestión aparece en algunas resoluciones judiciales, pero de manera incidental. Así, por ejemplo, se ha dicho que "la intervención de la Sala a los efectos de la revisión de una resolución del mismo (el ENARGAS) se debe inexcusablemente armonizar con las particulares potestades aseguradas al ente regulador, a quien la ley encomienda primeramente el control del servicio público"; CCAF, sala I, "Gas Natural Ban SA v. Enargas", 20/12/1994.

[222] 325 U.S. 410 (1945).

[223] 467 U.S. 837 (1984).

[224] La Corte, no obstante, ha dicho en "Lechmere, Inc. v. National Labour Relations Board", 502 U.S. 527 (1992), que el criterio de Chevron no se aplica cuando los tribunales han interpretado previamente la ley en contra de lo decidido por la agencia administrativa. El análisis de este caso puede verse en GOPLEN, Susan, "Judicial Deference to Administrative Agencies after Lechmere, Inc. v. NLRN", *Washington Law Review*, vol. 68, nro. 1, 1993, ps. 207-226.

[225] Entre los defensores de Chevron puede verse PIERCE, Richard J., "Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions", *Vanderbilt Law Review*, vol. 41, 1988, ps. 301, 303; SCALIA, Antonin, "Judicial Deference to Agency Interpretations of Law", *Duke Law Journal*, vol. 1989, ps. 511, 516-517; SILBERMAN, Laurence H., "Chevron -The Intersection of Law & Policy", *George Washington Law Review*, vol. 58, 1990, ps. 821, 823; STARR, Kenneth W., "Judicial Review in the Post-Chevron Era", *Yale Journal On Regulation*, vol. 3, 1986, ps. 283, 307-309; STRAUSS, Peter L., "One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action", *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, ps. 1093, 1121-22. Entre los críticos de Chevron, véase BREYER, Stephen, "Judicial Review of Questions of Law and Policy",

En el primero, la Corte sostuvo que la interpretación de la agencia administrativa es controlante o influye en el ámbito judicial, a menos que sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación. En Chevron se sostuvo que la interpretación de la agencia debe ser aceptada en la medida en que sea razonable, cuando la ley es insuficiente o ambigua [226].

De todos modos, y como conclusión muy general, debo decir que en ninguno de estos tres puntos los entes reguladores en la Argentina han producido un avance diferente o significativo, sin perjuicio de pautas jurisprudenciales que se van delineando. Así, por ejemplo, se ha sostenido en "YPF v. ENARGAS" [227] que la atribución jurisdiccional asignada al ENARGAS por el artículo 66 de la ley 24.076 se ciñe a las controversias suscitadas a propósito de las materias propias del servicio público [228].

2.4.2. El problema de la llamada jurisdicción primaria

Tampoco está muy claro si éstos ejercen la llamada *jurisdicción primaria*, según los postulados que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha diseñado sobre ésta, lo cual es perfectamente entendible dado lo confusa que resulta y lo difícil que es —aun para los propios especialistas norteamericanos— formular un concepto entendible de lo que es la jurisdicción primaria. De todos modos intentaré establecer algunas conclusiones.

Como bien es conocido, la doctrina de la *primary jurisdiction* fue inaugurada por la Corte Suprema en el caso "Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton

---

Administrative Law Review, vol. 38, 1986, ps. 363, 377; FARINA, Cynthia R., "Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State", *Columbia Law Review*, vol 89, 1989, p. 452; MERRILL, Thomas W., "Judicial Deference to Executive Precedent", *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, ps. 969, 998; MIKVA, Abner J., "How Should the Courts Treat Administrative Agencies?", *American University Law Review*, vol. 36, 1986, ps. 1, 7-9; SEIDENFELD, Mark, "A Syncopated Chevron: Emphasizing Reason Decisionmaking in Reviewing Agency Interpretations of Statues", *Texas Law Review*, vol. 73, 1994, p. 83; SUNSTEIN, Cass R., "Constitutionalism After the New Deal", *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987, ps. 421, 465-69.

[226] Además de los casos citados en la nota anterior, una detallada explicación de los casos Seminole y Chevron puede verse en LYNCH, Stephen M., "A Framework for Judicial Review of an Agency's Statutory Interpretation: 'Chevron, USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council'", *Duke Law Journal*, vol. 1985, nro. 2, ps. 469-496; SCHUCK, Peter H. y ELLIOT, E. Donald, "To the Chevron Station: an Empirical Study of Federal Administrative Law", *Duke Law Journal*, vol. 1990, nro. 5, ps. 984-1077; MANNING, John F., "Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretation of Agency Rules", *Columbia Law Review*, vol. 96, nro. 3, 1996, ps. 612-696.

[227] CCAF, sala I, 20/2/1996, LL 1996-C-36.

[228] En el caso se negó competencia jurisdiccional al ENARGAS para promover soluciones para el abastecimiento de gas etano en el polo petroquímico de Bahía Blanca.

Oil Co." [229]. Se trataba de una demanda entablada por una empresa —obligada a pagar una tarifa ferroviaria considerada excesiva— contra una compañía ferroviaria. La actora demandó ante un tribunal judicial, pero la Ley de Comercio Interestatal había derivado la resolución de estas cuestiones a la ICC [230]. La Corte Suprema sostuvo entonces que la ICC era quien tenía jurisdicción para entender inicialmente en el asunto. Quedó así establecido que cuando a un ente u órgano administrativo se le confiere una atribución que antes podía ser materia de decisión judicial, éste queda *inicialmente* desplazado de la decisión, debiendo esperar que ésta se produzca en sede administrativa. Los tribunales ejercen, así, la revisión judicial del caso, pero no tienen jurisdicción original sobre éste [231]. La doctrina luego evolucionó, en casos posteriores, hacia formas más ampliadas, lo que le ha conferido alcances menos definidos. En "Far East Conference v. United States" [232], un caso planteado por el gobierno federal relacionado con la aplicación de la Ley Antimonopolio (*Sherman Antitrust Act*), la Corte decidió que había cuestiones prejudiciales que debían ser decididas en sede administrativa antes de proseguir con la acción judicial [233]. Así, la jurisdicción primaria de la Administración fue ampliada a un campo que no constituía específicamente un caso judicial, sino a una mera cuestión (*issue*) previa. Este segundo criterio, también aplicado por tribunales federales inferiores [234], ha sido criticado [235] por la dualidad de vías (administrativa y judicial) que produce; por ello, con posterioridad, se ha intentado limitarlo [236].

La doctrina —tal como se ha señalado [237]— es confusa de por sí, y requiere en primer lugar ser diferenciada del agotamiento de la instancia administrati-

[229] 204 U.S. 426 (1907).

[230] Sobre su creación, me remito a lo dicho *supra* en el punto 1 de este apartado.

[231] Véase DAVIS, Kenneth C. y PIERCE, Richard J., *Administrative Law Treatise*, vol. 2, 3ª ed., Little Brown & Co., 1994, ps. 271 y ss.; SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown & Co., 1991, p. 527; BREYER, Stephen G. y STEWART, Richard B., *Administrative Law and Regulatory Policy*, 3ª ed., Little Brown & Co., 1992, ps. 1133 y ss.

[232] 342 U.S. 570 (1952).

[233] Se trataba de determinar si un sistema de tarifas que permitía a ciertos cargadores emplear tarifas más reducidas afectaba la Ley Antimonopolio. La Corte, a pedido de los demandados, sostuvo que la cuestión debía ser remitida a la Junta Marítima Federal (*Federal Maritime Board*) para que determinara si el sistema era admisible.

[234] "Lichten v. Eastern Air Lines", 189 Federal Reporter 2nd Series 939 (2nd Circuit, 1951). Se trataba de la demanda entablada por un pasajero que reclamaba los daños sufridos por la pérdida de joyas debido a la negligencia de la compañía aérea. Dado que la regulación no permitía recuperar daños por la pérdida de tal clase de objetos, el tribunal dispuso que interviniera previamente la Junta de Aeronáutica Civil (*Civil Aeronautics Board*), para determinar la razonabilidad de tal limitación. En caso de establecerse la irrazonabilidad, el monto de los daños serían fijados luego por el tribunal.

[235] SCHWARTZ, B., *Administrative...*, cit., p. 533.

[236] Así lo hizo el Noveno Circuito en "Klicker v. Northwest Airlines", 563 Federal Reporter 2nd Series 1310 (1977).

[237] BREYER, S.-STEWART, R. B., *Administrative...*, cit., p. 1133.

va (*exhaustion of administrative remedies*). De ello se ocupó en su momento la Corte Suprema en "United States v. Western Pacific Railroad" [238], intentando separar la diferencia sutil que separa a una doctrina de la otra. Dijo allí que el agotamiento de la instancia administrativa se exige cuando el caso corresponde *per se* a la instancia administrativa donde debe finiquitar antes de pasar a la Justicia. Hay jurisdicción primaria, por el contrario, cuando el caso originalmente debería ser resuelto por los tribunales, pero debido a una disposición legal específica la materia ha sido puesta bajo la competencia de un órgano o ente de la administración de modo tal que sea éste quien actúe primero. Puede verse así la identidad considerable que existe entre ambas doctrinas. Son —en cierto modo— dos caras diferentes de una misma moneda, tal como ha dicho Schwartz [239]. Las dos exigen que sea la Administración quien decida en primer término. Sin embargo, mientras en un caso la cuestión es propiamente administrativa y deben ser agotadas las instancias previas a la revisión judicial, en el otro la cuestión es judicial de por sí, pero su decisión ha sido entregada a la Administración para que actúe *primariamente* (inicialmente). En cualquiera de los dos casos, quien decide si el caso está agotado en la Administración, o si corresponde a la jurisdicción primaria de aquélla, es un tribunal judicial.

No es del caso entrar aquí en los fundamentos de la jurisdicción primaria que han sido suficientemente explicados entre nosotros por Mairal [240], a quien me remito. Baste decir que el principio que anima esta doctrina es obtener uniformidad y especialidad de los pronunciamientos, lo que no se logra si son los tribunales judiciales —en forma difusa— quienes tienen a su cargo la decisión inicial. Lo que sí me interesa es plantear al menos, si las facultades jurisdiccionales que poseen los entes reguladores —o algunas de ellas— pueden asimilarse a la llamada jurisdicción primaria desarrollada en los Estados Unidos. Una primera opinión vertida por Mairal antes de la Reforma del Estado —y por ende de la aparición de los nuevos entes reguladores— sostenía que esta construcción es inaplicable en la Argentina [241]. Los argumentos de Mairal, sin embargo, me parece que atendían más a una cuestión práctica que jurídica. Entendía este autor que la doctrina de la jurisdicción primaria supone un elaborado sistema de procedimiento administrativo desarrollado ante funcionarios independientes de la administración activa que ofrece garantías de imparcialidad. Guastavino —en segundo lugar— hizo una intepretación amplia de la doctrina, considerando que la jurisdicción primaria se extiende no sólo a las decisiones jurisdiccionales de la Administración, sino a otras también, por lo que a su juicio no corresponde de-

[238] 352 U.S. 59 (1956).

[239] SCHWARTZ, B., *Administrative...*, cit., p. 524.

[240] MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, §§ 403, 406 y 407, ps. 714, 715, 717-722.

[241] MAIRAL, H. A., *Control judicial...*, t. II, cit. § 424, p. 748.

nominarla jurisdicción primaria sino "competencia o incumbencia primaria [242]. Tawil [243] criticó la posición de Guastavino, señalando que excedía los límites que la jurisdicción primaria posee en el derecho norteamericano, donde se reduce a una cuestión prejudicial tendiente a lograr una coordinación de competencias. Aguilar Valdez, por último, en coincidencia con Tawil entiende que la jurisdicción primaria consiste en una técnica de coordinación de competencias entre el poder judicial y las agencias [244].

Mi opinión sobre este punto difiere con los criterios examinados, salvo con el de Mairal, que ciertamente fue vertido en un contexto diferente al actual y, por ende, hoy no puede ser evaluado con absoluta certeza. Este autor, como dije, no formuló en su momento objeciones jurídicas sino prácticas a la jurisdicción primaria, y quizás ellas estén actualmente superadas con los nuevos entes reguladores, al menos con los creados por ley. Las opiniones de Guastavino, Tawil y Aguilar Valdez, por el contrario, creo que han expuesto criterios extremos. Guastavino ha llevado la doctrina fuera de los límites en que se ha desarrollado en los Estados Unidos, en tanto que Tawil y Aguilar Valdez la han restringido demasiado.

Lo primero que debemos analizar es si cuando los norteamericanos se refieren a la jurisdicción primaria están aludiendo a una cuestión sustancial o meramente instrumental. Según Guastavino, se trata de una cuestión sustancial;

[242] Al referirse a la amplitud que le asigna a la doctrina, Guastavino dice: "*Dentro de la doctrina referida suelen incluirse situaciones en que las entidades o agencias administrativas desarrollan funciones que no son jurisdiccionales en sentido cabal ni tampoco presentan rasgos susceptibles de asimilarlas a ellas. En efecto, si se concibe la labor jurisdiccional como la decisión de controversias mediante la declaración del derecho por un tercero que aplica normas o principios preexistentes, se verificará que la doctrina en examen contiene casos vecinos a funciones de reglamentación por delegación legislativa, fiscalizadoras, homologatorias y de peritaje o asesoramiento especializado, y no únicamente similares a las jurisdiccionales. Cabe observar, también, que la calificación 'primaria' aplicada a la competencia estudiada no implica necesariamente que la intervención del órgano de la Administración Pública dé lugar a una primera instancia sancionatoria o decisoria de las controversias, pues la función del ente administrativo en el ejercicio del poder de policía que le incumbe respecto a ciertas actividades puede consistir en la aprobación de convenios a regir posteriormente o en establecer reglamentos con relación a conflictos de intereses o para algunas industrias, a aplicarse asimismo en el futuro, sin imponer sanciones ni dirimir una contienda entre partes que alegan derechos o pretensiones opuestas mediante la invocación de normas jurídicas preexistentes. Desde tales puntos de vista, pues, resulta ambigua la denominación de 'jurisdicción primaria' y se confirma la mayor pertinencia de designar a la doctrina como la de la competencia o incumbencia primaria administrativa*" (GUASTAVINO, Elías, *Tratado de la Jurisdicción Administrativa y su Revisión Judicial*, t. I, 2ª ed., Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1989, § 119, ps. 240-241).

[243] TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 140.

[244] AGUILAR VALDEZ, O., "Reflexiones...", cit., p. 215.

es una "competencia" o incumbencia, como también la llama. Tawil y Aguilar Valdez, por el contrario, la visualizan como una cuestión instrumental. Se trataría, según estos autores, de una "cuestión prejudicial", o bien de una técnica de coordinación de competencias. Hasta aquí, y muy provisionalmente, en mi opinión, tiene razón Guastavino. Cuando en los Estados Unidos se alude a la jurisdicción primaria se hace referencia a la competencia en sí de la Administración, y no a una mera técnica de reparto de competencia. Al reconocerse jurisdicción primaria se reconoce una competencia que surge de un criterio de reparto. No debemos confundir, entonces, la competencia en sí, con el criterio de reparto del cual aquélla surge. Pero mis coincidencias con Guastavino finalizan cuando prácticamente asimila jurisdicción primaria con actividad general de la Administración, dándole en el derecho argentino una extensión que a mi entender no posee en los Estados Unidos. Si bien la relaciona estrechamente con las facultades jurisdiccionales, lo cierto es que admite que hay actividades no jurisdiccionales que también entrarían dentro de esta incumbencia.

Establecido el carácter general de la jurisdicción primaria, veamos ahora cuáles son los alcances que ella tiene. Según los casos analizados más arriba, en la jurisdicción primaria pueden detectarse dos grandes divisiones: (a) los casos o controversias propiamente dichos, sustraídos de la competencia de los tribunales (caso "Abilene Oil Cotton Co.") y (b) aquellas cuestiones que habiéndose iniciado un caso judicial, no pueden ser resueltas por los jueces, sino por la Administración (caso Far East Conference). En el primero de los casos, la Administración se comporta como un tribunal administrativo: resuelve el caso. En el segundo supuesto, existe una cuestión prejudicial dentro de un proceso, y esa cuestión es la que debe ser resuelta por la Administración.

La pregunta que sigue es en qué medida la jurisdicción primaria, tal como se la concibe en los Estados Unidos, puede ser aplicable en la Argentina. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, creo que no existen principios que impidan la aplicación de los dos grandes componentes que ella posee. Por el contrario, en el orden práctico, y en particular en relación con el segundo de ellos, parecería que es desaconsejable adoptarlo en la medida en que es objeto de fuerte controversia. No deberíamos dejar de escuchar las críticas que ha despertado en el derecho norteamericano. En cuanto al primero, y yendo específicamente a la realidad de los nuevos entes reguladores, es evidente que los marcos regulatorios del gas, de la electricidad y de los aeropuertos, al imponer como previa y obligatoria la jurisdicción de los respectivos entes para la resolución de controversias que naturalmente corresponderían a los tribunales judiciales, han creado una sede que bien se parece a la que la Corte de los Estados Unidos reconoció a favor de la ICC en el caso "Abilene Cotton Oil Co.". Si a partir de esta comprobación queremos sostener que los entes al resolver estas controversias se comportan como tribunales administrativos y volcar en ellos la jurisprudencia de "Fernández Arias" y los fallos concordantes, podemos hacer-

lo, y de hecho creo que es necesario pues toda esa construcción es beneficiosa para establecer los alcances de la revisión judicial.

En síntesis, creo que nos encontramos una vez más frente a una disquisición que es más terminológica que de fondo. Puede comprobarse que tanto en los Estados Unidos como aquí se da una situación de hecho similar. Allí se dice que ella configura una de los supuestos de la jurisdicción primaria. Si bien el derecho administrativo en la Argentina no ha desarrollado el concepto de jurisdicción primaria, creo que no tiene impedimentos para hacerlo, al menos en lo que hace al objeto específico de los entes reguladores y su competencia para decidir controversias entre los sujetos de los servicios regulados. Podemos decir, entonces, que nuestros entes reguladores ejercen jurisdicción primaria dentro de estos límites. De hecho, algunos pronunciamientos hacen alusión a ella [245].

3. Órgano competente para crear los entes reguladores

3.1. El debate doctrinario y la práctica en la Argentina

Dado que los entes reguladores jurídicamente son en su gran mayoría entidades autárquicas, se les ha trasladado la vieja disputa en torno de cuál es el órgano de gobierno competente para disponer su creación. Esta discusión —me permito recordarla brevemente— nació hace más de cinco décadas con las opiniones discordantes de Bielsa y Villegas Basavilbaso. El primero [246] sostenía que los entes autárquicos debían ser creados por ley, en tanto que el segundo creía que atribuirle al Congreso esta facultad implicaba restarle facultades constitucionales al presidente de la Nación, lo que tornaba inconstitucional las leyes de creación de entes autárquicos [247]. La opinión de Bielsa, que gozó de mayor consenso doctrinario [248], fue luego convalidada por la Ley de Contabilidad [249], aun-

[245] CCAF, sala I, "Salliqueló Cooperativa de Servicios Públicos v. Distribuidora de Gas Pampeana SA", 28/4/1998, LL 1998-F-332.

[246] Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 28.

[247] Villegas-Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, p. 696.

[248] Entre otros, siguieron las aguas de Bielsa: Gordillo, *Tratado...*, t. I, cit. en Cap. XIV, p. 4; Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, p. 103; Linares, Juan F., *Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 289-290; Luqui, Juan C., "División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina", LL 107-1035, esp. p. 1045 y n. 8; Dromi, José R., *Derecho administrativo económico*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 172.

[249] El artículo 136 del decreto-ley 23.354/1956 (ratificado por ley 14.467), establecía en su párrafo segundo: "*El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la Administración nacional*". En el primer párrafo, además, aludía a las *leyes* orgánicas de las entidades descentralizadas.

que en una norma hoy derogada [250], y de hecho la mayoría de las entidades autárquicas tuvo origen legal [251]. La tesis de Villegas Basavilbaso fue sostenida por Marienhoff [252] y luego por Bidart Campos [253]. Según Marienhoff, como regla general le corresponde al Presidente crear entidades autárquicas y como excepción esta facultad es atribuida al Congreso en el caso de las entidades expresamente previstas en la Constitución [254]. Esta postura, de innegable influencia doctrinaria, ha inspirado recientemente el dictado de la ley reglamentaria del art. 76 de la Constitución [255], tema al que me referiré más abajo [256]. Una tercera posición ha sido la de las facultades concurrentes sostenida por Cassagne [257] y Estrada [258]. El primero, sin embargo, admite —en coincidencia con Marienhoff— que hay ciertas entidades (bancos oficiales, universidades) que por expreso mandato constitucional deben ser creadas por el Congreso [259].

3.2. Disputa acerca de la interpretación del art. 42 de la Constitución Nacional. El caso del ORSNA

Con la Reforma Constitucional de 1994 se renovó esta discusión centrada ahora en la creación de los entes reguladores y reforzada por los seguidores de la tesis Bielsa con la invocación del art. 42 de la Constitución Nacional. Esta norma genéricamente dispone que *"la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos"*. De allí se concluye que es el Congreso el órgano com-

[250] Este artículo fue derogado en 1992 con la entrada en vigencia de la ley 24.156 de Administración Financiera (art. 137.a) (BO 29/10/1992).

[251] Véase De Estrada, Juan R., "Atribución de los poderes legislativo y ejecutivo para crear entidades autárquicas", LL 156-1412.

[252] Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 414.

[253] Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional del poder*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1967, ps. 86-87, opinión mantenida más recientemente en *Manual de la Constitución Reformada*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 242.

[254] Entendía Marienhoff que el Presidente poseía esta facultad como resultado de su titularidad sobre la administración *general* del país (art. 99.1). Sin embargo, con ser general esa administración, no era *total*, pues permitía la existencia de una administración *especial* ejercida por el Congreso. Así, el Congreso puede crear ciertos entes autárquicos especialmente indicados por la Constitución, tal por ejemplo los bancos nacionales (art. 75.6) o las universidades (art. 75.18) (*Tratado...*, t. I, cit., § 118-B, p. 413).

[255] Ley 25.148 (B.O. 24/8/1999).

[256] Véase *infra* Cap. III, punto 2.

[257] Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, t. I, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 356 y 377.

[258] Di. Estrada, J. R., "Atribución...", cit.

[259] Cassagni, J., *Derecho...*, t. I., cit. p. 377.

petente para crear entes reguladores. La tesis Bielsa ha sido retomada por Gordillo, quien alude a *los marcos reguladores legales* del art. 42 y reclama la adecuación de los creados por decreto apoyado en la necesidad de dotar a los entes reguladores independencia en su actividad [260], mientras que Cassagne ha ratificado para los entes reguladores su clásica tesis expuesta respecto de las entidades autárquicas [261]. Comadira, por su parte, sostiene que si los entes proyectan su actividad hacia terceros, esto es, fuera del ámbito de las relación de especial sujeción [262] que corresponde al concesionario, deben ser creados por ley formal [263].

Esta discusión se planteó con la creación del ORSNA. Todos recordamos que la privatización de los aeropuertos fue conflictiva y, al igual que la de Aerolíneas Argentinas, dio lugar a acciones judiciales promovidas por legisladores de la oposición. Si bien no es del caso recordar con detalle las alternativas de los procesos que se iniciaron con el propósito de detener esta privatización, creo necesario recordar que ésta se puso en marcha dos decretos del Poder Ejecutivo [264] que fueron suspendidos en sede judicial mediante el dictado de medidas cautelares [265]. No obstante ello, el Presidente decidió seguir adelante con la privatización y, acudiendo a las facultades de necesidad y urgencia que posee bajo el artículo 99.3 de la Constitución Nacional, dictó un nuevo decreto que ratificó los

[260] GORDILLO, *Tratado*..., t. I, cit., Cap. XV, ps. 1 y ss. También sostiene el mismo criterio CANOSA, Armando N., *Los recursos administrativos*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 223.

[261] Véase CASSAGNE, J. C., "Los nuevos...", cit., p. 486 y también *La intervención administrativa*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 151-152; CASSAGNE, J. C., *Derecho*..., t. II, cit., ps. 494-495.

[262] Acerca de las relaciones de especial sujeción me remito a lo que diré *infra* Cap. II.5.

[263] COMADIRA, J., "Reflexiones...", cit.

[264] A comienzos de 1996, el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley de privatización de los aeropuertos. Un año después, dado que la ley no había sido sancionada, el decreto 375/1997 (BO 25/4/1997) dispuso convocar a licitación pública para otorgar la concesión de la explotación, administración y funcionamiento de algunos aeropuertos. Poco después, el decreto 500/1997 (BO 3/6/1997) aprobó el pliego de bases y condiciones, y el modelo de contrato de concesión, ampliando los aeropuertos a privatizar. Estos decretos fueron aprobados por la Comisión Bicameral prevista en el art. 14 de la ley 23.696 de Reforma del Estado (resolución del 25/6/1997).

[265] Por resolución del 30 de mayo de 1997, un grupo de diputados nacionales —a los cuales se sumó también la adhesión del defensor del Pueblo—, obtuvo en la causa "Nieva, Alejandro y otros v. PEN decreto 375/1997 s/ Amparo ley 16.986", en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 10, el dictado de una medida cautelar que ordenó suspender los efectos de los decretos 375/1997 y 500/1997. Esta medida fue luego confirmada (Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II). Posteriormente, por resoluciones del 8 de julio de 1997 y del 26 de agosto de 1997, ambas instancias respectivamente hicieron lugar al amparo, declarando la nulidad de estos decretos.

anteriores y permitió la continuación del proceso privatizador [266]. Este último decreto [267] también fue impugnado judicialmente y suspendido en sus efectos por una nueva medida cautelar [268]. En esta última resolución —que es la que me interesa destacar aquí—, la jueza interviniente hizo hincapié en la inconstitucionalidad de los decretos de privatización, ya que los marcos regulatorios —y, por ende, la creación de entes reguladores— debe hacerse por ley.

3.3. Mi opinión

Como reflexión inicial señalo que, en esta materia, escrutar la voluntad del constituyente es poco menos que imposible —tal como señalaran Marienhoff y Cassagne [269]—, de manera que la interpretación *originalista*, como dirían los norteamericanos [270], no es de mucha ayuda. En 1853 no existía la descentralización

[266] El 27/8/1997 se dictó el decreto 842/1997 (BO 28/8/1997), mediante el cual se aprobaron los decretos 375/1997 y 500/1997 y todos los actos dictados en su consecuencia. Además se autorizó a la Jefatura de Gabinete de Ministros para excluir del proceso de concesión a aquellos aeropuertos respecto de los cuales faltare la ratificación provincial o municipal, cuando ella fuere necesario. Al día siguiente, el decreto 842/1997 fue remitido al Congreso (Mensaje nro. 842).

[267] Vale la pena mencionar que el decreto 842/1997 contaba con dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado fechado el 1/10/1997.

[268] Con fecha 24 de septiembre de 1997, los mismos diputados que iniciaran la acción anterior —contando también con adhesión del Defensor del Pueblo— "Nieva, Alejandro y otros v. Poder Ejecutivo Nacional - Decreto 842/1997 (medida cautelar)", en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal nro. 5, obtuvieron el dictado de una medida cautelar autónoma, "*ordenando al Poder Ejecutivo Nacional suspenda los efectos del decreto 842/97 y/o los de otra reglamentación concordante*".

[269] MARIENHOFF, M. S., *Tratado*..., t. I, cit., § 118-A, p. 410; CASSAGNE, J. C., *Derecho administrativo*, t. I, cit. en nota 257, p. 356.

[270] En los Estados Unidos, según explica Philipp Bobbit (*Constitutional Fate*, 1982, Oxford University Press), existen seis métodos de interpretación constitucional: (i) histórico; (ii) textual; (iii) estructural; (iv) doctrinario, (v) ético y (vi) prudencial, que tienden a resolver el llamado "dilema de Madison", según el cual en una sociedad democrática la mayoría tiene el derecho de imponer sus reglas pero sin alterar los derechos de las minorías. Estos seis métodos se hallan divididos en dos grandes corrientes: (a) el *interpretativismo* que abarca los tres primeros métodos y (b) el *no interpretativismo* que abarca los tres restantes. Ciertamente, el sector conservador de la sociedad norteamericana se inclina por el primero y los *liberals* propician el segundo. El primero constituye una corriente de interpretación de la Constitución según su texto y según la intención original de los constituyentes (*framers*). De acuerdo con el segundo, lo que importa no es lo que dijo originalmente la Constitución, sino lo que contemporáneamente debe decir. De modo que su texto debe alimentarse de contemporaneidad, no debe estar atada ni a la intención original de los constituyentes ni al significado de los textos. A su vez, hay dos formas de interpretativismo: (1) el estricto u originalismo y (2) el moderado. Entre los originalistas se cuentan, por ejemplo, George Sutherland, juez de la Corte Suprema, cuyo pensamiento en esta materia quedó claramente reflejado en su voto disidente

como técnica de organización administrativa, y en 1994 no se introdujeron reformas específicas sobre este punto. Si bien es cierto que uno de los fines de la reforma fue la morigeración de la autoridad presidencial [271], no lo es menos que el constituyente estableció normas específicas al efecto cuando lo creyó necesario. De ello se sigue que en las materias no reformadas parecería que no consideró necesario introducir cambios. Es así que la competencia para la creación de los entes reguladores debe buscarse en el art. 75 o en el art. 99, que a estos efectos están tan magros de contenidos expresos como lo estaban hace ciento cincuenta años, salvo la clásica competencia del Congreso para crear el Banco Central (art. 75.6) y las universidades nacionales (art. 75.18). Fuera de estos casos, la creación de entes reguladores (o autárquicos en general) no fue atribuida expresamente a órgano de gobierno alguno.

Tampoco me parece que el artículo 42 deba ser tomado como una prueba irrefutable de la existencia de un principio constitucional que imponga crear los entes reguladores por ley. Esta norma se refiere a la *legislación* sin calificarla de ninguna manera. No dice "ley", ni "legislación del Congreso", ni ha empleado expresión alguna que permita inferir que tal legislación deba ser una ley formal. El vocablo "legislación" no es sinónimo de ley del Congreso, sino que es un término que hace referencia más al orden normativo en general, dentro del cual se incluyen las leyes formales y también las leyes en sentido material donde se encuentran los reglamentos del Poder Ejecutivo y toda disposición normativa general. De hecho, cuando la Constitución ha querido que sea el Congreso quien legisle lo ha dejado expresamente establecido [272]. Asimismo, es comprobable que

---

en el caso "Home Building & Loan Association v. Blaisdell", 290 U.S. U.S. 398 (1934); William Rehnquist actual *Chief Justice* (*The Notion of a Living Constitution*, 54 Texas Law Review 693, año 1976); Antonin Scalia, actual juez de la Corte Suprema (*Originalism: The Lesser Evil*, 57-3 University of Cincinnati Law Review, 849-865, año 1989); Robert Bork (*The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, 3 Washington University Law Quarterly 695, año 1979) y Raoul Berger (*Government by Judiciary*, 1977, Harvard University Press) entre otros. Entre los sostenedores del no interpretativismo se cuentan: Paul Brest (*The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 Boston University Law Review 204, año 1980); Michael J. Perry (*The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretations*, 77 Virginia Law Review 669, año 1991) y Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977). Menciono finalmente que en contra del extremismo que estas posiciones trasuntan reaccionó Herbert Wechsler (*Towards Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harvard Law Review 1, año 1959, y *The Courts and the Constitution*, 65 Columbia Law Review 1001, año 1965), quien propiciaba precisamente la búsqueda de "principios neutrales" en la interpetación constitucional.

[271] El punto A del Núcleo de Coincidencias Básicas de la ley 24.309 era precisamente la atenuación del sistema presidencialista.

[272] Pueden verse, por ejemplo, los siguientes artículos: 3 ("ley especial del Congreso"); 15 ("una ley especial"); 21 ("leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional"); 31 ("leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso"); 32 ("El Congreso no dictará leyes"); 36 ("El Congreso sancionará una ley"); 39 ("El Congre-

el argumento basado en la palabra "legislación" puede volverse en contra de quien lo sostiene [273], aun cuando existe alguna norma que ayuda a esta postura [274]. En síntesis, el argumento basado en el art. 42 ofrece muchas debilidades, o al menos fundadas dudas.

En tercer lugar —sin perjuicio de las reflexiones que ya suscitara en Marienhoff [275], y que comparto—, me permito agregar algunas consideraciones a la objeción fundada en el art. 75.20 (ex 67.17), según la cual el Presidente no puede crear entidades autárquicas pues compete al Congreso crear empleos. Si extremáramos este argumento, deberíamos sostener —a fuer de ser coherentes— que el Presidente tampoco podría disponer por sí ampliaciones (o reducciones) de los órganos de la Administración centralizada, quedando estrictamente sujeto a la creación (o supresión) de los cargos que el Congreso decida. En efecto, de cara al art. 75.20, no veo qué diferencia sustancial hay entre crear empleos en un ente descentralizado o en un órgano centralizado. La atribución de personalidad jurídica en el primero nada cambia a este respecto. Y, sin embargo, restar al Presidente la posibilidad de decidir qué tamaño han de tener los órganos que están directamente a su cargo importa reducir a una mínima e inadmisible expresión la competencia constitucional del art. 99.1. No es jefe de nada quien no puede determinar cuántos funcionarios o empleados lo asistirán. Por otro lado, nadie mejor que el Presidente para saber y determinar cómo deben cubrirse las necesidades de personal existentes. No es el Congreso quien posee la información necesaria para ello. Por lo tanto, si el Presidente puede hacer nombramientos de empleados en la Administración (art. 99.7), función que ahora también tiene el Jefe de Gabinete en forma complementaria (art. 100.3), se sigue de ello que pueden *crear* esos cargos. Y nada autoriza a interpretar que tales empleos pertenecen solamente a los órganos de la Administración central. No obstante, en cualquier caso, el Congreso deberá hacer la respectiva habilitación presupuestaria. Pero no debemos confundir esta habilitación con la facultad de crear los empleos. La decisión

---

so... sancionará una ley reglamentaria"); 40 ("El Congreso... podrá someter a consulta popular un proyecto de ley"); 49 ("el Congreso dictará una ley general"); 75.12 ("leyes generales para toda la Nación"); 75.18 ("leyes protectoras"); 75.19 ("sancionar leyes de organización"). Téngase en cuenta además que los artículos 36, 39, 40, y 75 incs. 12, 18 y 19 proceden de la reforma de 1994.

[273] En ocasiones, cuando la Constitución se refiere a la "legislación", da idea del conjunto de normas de alcance general. Así, por ejemplo, el art. 24, según el cual "El Congreso promoverá la reforma de la legislación en todos sus ramos". Si el Congreso *promueve* la reforma es porque no puede reformar por sí y ello ocurre en áreas propias (zona de reserva) del Presidente y la Administración.

[274] Quizás el único artículo que ayuda a sostener que, en la Constitución, "legislación" es igual a "ley formal", es el 75.30, según el cual es función del Congreso "ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional".

[275] MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, t. I, cit., § 118-A, p. 411

de crear un nuevo órgano o ente puede ser tomada por el Poder Ejecutivo, quien luego requerirá la habilitación presupuestaria al Congreso.

Cierto es que en materia de entes reguladores deben sumarse a estas consideraciones las relativas a la independencia política en función de que *el que concede no debe controlar*. No voy a renegar de este criterio en el cual Gordillo [276] ha hecho fuerte hincapié y con razón. Todo lo contrario. Ciertamente, la independencia política de los entes reguladores es una de las características que da sentido a su existencia, al menos dentro del modelo norteamericano que en la Argentina hemos seguido [277]. Pero tampoco puede ocultarse que la mera creación por ley es un acto formal que de suyo no confiere independencia alguna al ente [278]. Estoy convencido de que la independencia de los entes reguladores depende de hechos más concretos y efectivos que su simple creación por el Congreso [279]. Si bien ello tiene efectos importantes en el control de las decisiones del ente por vía de alzada —como veremos luego más detenidamente [280]—, tampoco podemos negar que si el Congreso luego de crear el ente se desliga por completo de su desempeño, poca independencia puede asegurarle. Es innegable que la independencia real del ente se nutre en todo caso de otros factores, siendo determinantes para ello —entre otros— el nombramiento y la remoción de sus miembros. De nada vale que el ente sea creado por ley formal si luego el Presidente puede nombrar y remover por sí a sus funcionarios superiores [281]. Asimis-

[276] GORDILLO, A., *Tratado...*, t. I, cit., Cap. XV, p. 3

[277] Véase *supra* nota 8.

[278] En contra, GORZELANY, Liliana B. - MAC MAHON, Juan J. - SARCIAT, Alberto D., "Entes reguladores, autarquía e independencia, designación de autoridades", en RAP nro. 213, ps. 104-108, esp. p. 105.

[279] De hecho, en los Estados Unidos, las comisiones reguladoras independientes son creadas por el Congreso y sin embargo existe allí un fuerte estado de insatisfacción en relación con su efectiva independencia respecto del poder político. La literatura jurídica en los Estados Unidos sobre este tema es muy abundante y no tiene caso citar más que algunos ejemplos. Así, vale la pena recordar el clásico trabajo de SCHWARTZ, Bernard, *The Professor and the Commissions*, Alfred Knopf, Nueva York, 1959. Pueden verse también los trabajos publicados a propósito de un simposio sobre la independencia de las agencias reguladoras, recogidos en el volumen 1988 (abril-mayo) del *Duke Law Journal*, entre ellos MILLER, Geoffrey, "The Debate over Independent Agencies in Light of Empirical Evidence" (ps. 215-222); MORRISON, Alan B., "How Independent are Independent Regulatory Agencies" (ps. 252-256); ROBINSON, Glen O., "Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerrogative" (ps. 238-251); WILEY, Richard E., "Political Influence at the FCC" (ps. 280-285).

[280] *Infra* apartado III.5.

[281] En los Estados Unidos, si bien bajo la presidencia de F. D. Roosevelt la Corte estableció en "Humphrey's Executor v. United States", 295 U.S. 602 (1935) que el poder de remoción del Presidente sobre los miembros de la FTC no era absoluto, algunas decisiones posteriores han limitado los poderes del Congreso sobre los entes reguladores. Así, en "Bowsher v. Synar", 478 U.S. 714 (1986), se cuestionaban las funciones del Comptroller General (funcionario similar al presidente de la Auditoría General de la Nación) pues una ley le había otorgado la facultad de reducir programa por programa los gastos del gobierno federal hasta al-

mo, tampoco sirve de nada que el Congreso intervenga en el acto de creación si la ley permite —expresa o implícitamente— que las decisiones del ente puedan ser revisadas en la administración central por vía del alzada. Para que ello no ocurra, la ley de creación debería eliminar expresamente el recurso de alzada. A todo ello debe sumarse, por supuesto, la mayor o menor dimensión de las facultades que la ley de creación le confiera.

En síntesis, desde el punto de vista de la validez formal del acto de creación del ente regulador, creo que no existe ninguna disposición constitucional determinante de que sea el Congreso el titular exclusivo de esa facultad, salvo en lo relativo al BCRA (art. 75.6, CN) como órgano regulador de la actividad bancaria, según lo he calificado más arriba [282]. Y si ponemos el acento en las cuestiones sustanciales de la creación del ente, esto es, en su independencia política y su idoneidad técnica, ellas —como dije— no dependen tanto de la naturaleza del acto de creación, como de su contenido específico en algunas materias particularmente sensibles en este terreno. Sí creo, en cambio, que la naturaleza de la norma creadora influye —o debería influir— en su vida posterior. En otras palabras, los entes pueden ser creados por ley formal o por medio de un reglamento autónomo que proceda del artículo 99.1 de la Constitución, pero la elección de uno u otro instrumento imprime al ente una suerte de *marca genética* que tiene —o debería poseer— efectos sobre el resto de sus actividades. Para el análisis de estos efectos me remito a lo que diré *infra* apartado III.

---

canzar ciertos niveles de reducción del déficit. La Corte sostuvo que la ley era inconstitucional pues el Congreso, a través de un funcionario que si bien era designado por el Presidente podía ser removido por el Congreso, estaba atribuyéndose funciones propias de la rama ejecutiva. Stephen Breyer, juez de la Corte Suprema y uno de los especialistas norteamericanos en esta materia, sostiene que las agencias son poco independientes, más allá de lo que digan sus leyes de creación. Las razones que da para ello son las siguientes: (i) el Presidente nombra sus miembros y, si bien tienen mandato fijo, el Presidente determina quién es el *chairman*; (ii) el Departamento de Justicia interviene frecuentemente en los procedimientos de la agencia; (iii) el Departamento de Justicia representa judicialmente a las agencias; (iv) el Poder Ejecutivo controla el presupuesto de las agencias (según una ley de 1921, las agencias deben someter sus requerimientos presupuestarios al Presidente); (v) en la práctica, y según una regla no escrita, muchas agencias consultan a la Casa Blanca acerca del nombramiento de sus funcionarios de alto rango; (vi) estos nombramientos están bajo la supervisión de la Civil Service Commission, cuyos miembros son nombrados por el Ejecutivo; (vii) el Presidente por medio de leyes de reorganización de la Administración puede influir en las agencias. Nixon, por ejemplo, logró que el presidente de la FTC fuera nombrado por él cuando antes era designado por el Directorio. Asimismo, logró transferir al Presidente importantes funciones sobre el personal y el presupuesto de la agencia (BREYER, *Administrative Law*..., ps. 134-137). Para una bibliografía más amplia sobre la independencia de los entes reguladores en los Estados Unidos me remito a la citada *supra* en nota 5.

[282] *Supra* apartado II.1., esp. nota 78.

4. La noción de ente regulador: una cuestión indefinida y polifacética

Con lo dicho hasta aquí estoy en mejores condiciones para abordar la noción de ente regulador. Lo haré tratando de demostrar que aquélla no es tan precisa ni tan definida como aparece a primera vista. Así, lo primero que debe anotarse sobre los entes reguladores es que poseen una caracterización multifacética que merece ser analizada tanto desde un punto de vista estático-jurídico como dinámico-operativo.

La primera óptica atiende a su estructura como personas de derecho público, donde todos —o al menos la mayoría— están constituidos como entidades autárquicas [283]. La Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) [284] y la Comisión Nacional Reguladora del Transporte (CNRT), creadas por decreto 660/1996 [285] son organismos descentralizados. El Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), conforme a la ley 24.076 y el decreto 1738/1992 es una entidad autárquica con plena capacidad jurídica para actuar en el derecho público y privado, en particular para los aspectos presupuestarios y administrativos [286], tipicidad similar a la del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), que según la ley 24.065 y el decreto 1398/1992 es una entidad autárquica con plena capacidad jurídica para actuar en el derecho público y privado [287]. También lo es el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) creado por ley 23.696 y regulado en el decreto 999/1992, que lo caracteriza como entidad autárquica con capacidad de derecho público y privado [288]. El Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires (OCRABA), a tenor del decreto 1994/1993, es un organismo descentralizado con autarquía económica y financiera con plena capacidad jurídica para actuar en derecho público y privado [289]. Y el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA), creado por decreto 375/1997, adquirió expresamente la condición de organismo autárquico con el art. 2 del decreto 16/1998 [290]. Como consecuencia de su tipicidad jurídica es que todos están ubicados en dependencias de algún órgano de la Administración central. No tiene sentido mencionar aquí cuáles son esas dependencias específicas, pues cambian muy frecuentemen-

[283] Este criterio está convalidado por la Procuración del Tesoro de la Nación en el Dictamen nro. 157/1998. Dictámenes 227-119.

[284] Véase nota 83.

[285] Véase nota 84.

[286] Art. 51, ley 24.076, y 51, decreto 1738/1992.

[287] Art. 55, ley 24.065

[288] Decreto 999/1992, art. 15.

[289] Art. 12, decreto 1994/1993.

[290] BO 9/1/1998.

te con las normas de reorganización de la Administración [291]. Lo que cuenta es tener presente este principio, pues adquiere relevancia al momento de considerar el control de los entes por vía del recurso de alzada [292].

El órgano directivo —generalmente designado como Directorio [293]— es colegiado [294]. Sus miembros son designados y removidos por el Poder Ejecutivo [295], lo que confiere a éste una gran discrecionalidad en el manejo de los entes[296], sólo morigerada por algunos recaudos de idoneidad bastante generales [297]. El plazo de duración en el mandato es generalmente de cinco años [298] y en

[291] Señalaré solamente algunos ejemplos, aun cuando puedan haber perdido vigencia actualmente. El decreto 1185/1990 establecía que la entonces CNT estaba creada "*en dependencia directa del Poder Ejecutivo Nacional*" (art. 1), pero al mismo tiempo determinaba que "*tendrá vinculación institucional y funcional a través del Ministerio de Obras y Servicios Públicos*" (art. 3). La CNRT actúa en el ámbito de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del MEOSP (art. 40, decreto 660/1996); el ENARGAS actúa en el ámbito del MEOSP (art. 50, ley 24.076) y el ENRE lo hace en el de la Secretaría de Energía (art. 54, ley 24.065), que también está en el MEOSP (al menos mientras escribo estas líneas). También el OCRABA actúa en jurisdicción de la Secretaría de Obras Públicas (art. 10, decreto 1994/1993), al igual que el ORSNA (art. 14, decreto 375/1997).

[292] Véase *infra* Cap. III.5.

[293] ARN, art. 17, ley 24.804; CNC, art. 13, decreto 1185/1990; ENARGAS, art. 54, ley 24.076; ENRE, art. 57, ley 24.065; ETOSS, art. 19, decreto 999/1992; OCRABA, art. 17, decreto 1994/1993; ORSNA, art. 18, decreto 375/1999.

[294] Por lo general, el directorio se compone con cinco miembros, salvo el ORSNA, que posee cuatro, y la ARN, que tiene seis al igual que el ETOSS (art. 19, decreto 999/1992), donde hay dos miembros por cada jurisdicción integrante del ente (Estado Nacional, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires).

[295] Es natural que lo sea en los entes creados por decreto, pero rige también esta regla en los creados por ley. Así, en el ENARGAS (art. 58), el ENRE y la ARN. En el OCRABA, la designación debe hacerse previo concurso público de antecedentes (art. 17.4) y pueden ser removidos con justa causa (art. 17.6.). En el ORSNA, la designación de tres de los cuatro miembros del Directorio la hace el Poder Ejecutivo directamente, y la designación del cuarto miembro se hace de común acuerdo con los gobernadores de provincia en cuya jurisdicción están los aeropuertos regulados por el ente.

[296] Recordemos, por ejemplo, la intervención de la ex CNT dispuesta por decreto 702/1995. Este decreto fue motivo de una acción de amparo promovida por una asociación de consumidores y por el Defensor del Pueblo en autos: "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. v. Estado Nacional", a quienes si bien se les reconoció legitimación en el Tribunal de Primera Intancia (JCAFed, nro. 9, sent. del 18/7/1995, LL 1995-E-519) luego les fue denegada en la Cámara (CCAFed. sala V, sent. del 20/10/1995, LL 1995-E-470).

[297] En la ARN se requiere "contar con antecedentes técnicos y profesionales en la materia" (art. 18); una fórmula similar se usa en el ENRE (art. 58), donde la propuesta de nombramiento la efectúa el Consejo Federal de la Energía Eléctrica y en el ENARGAS (art. 54). En el ETOSS se requiere "probada experiencia e idoneidad" (19), al igual que el OCRABA (art. 17.2).

[298] Así, el ENARGAS y el ENRE, donde además hay renovación indefinida (arts. 57 y 58, leyes respectivas), al igual que en el OCRABA (art. 17.4.). En la ARN (art. 18) y en el ETOSS, los nombramientos duran seis años (art. 22), mientras que en le ORSNA, tres años (art. 19) pero pueden ser reelectos.

algunos casos se requiere de un acto fundado del Poder Ejecutivo para su remoción [299]. En general se requiere dedicación exclusiva [300] y se establecen algunas incompatibilidades propias de la función [301]. Aun cuando no exista disposición legal expresa —la que aparece en algunos regímenes [302]—, los entes reguladores se rigen por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y en algunos casos se establece que al personal se aplica la Ley de Contrato de Trabajo [303]. Finalmente, están sujetos al régimen del control externo de la Administración, tal como se establece expresamente en algunos casos [304].

Esta condición de entidades autárquicas de por sí ya les confiere dentro del mundo del derecho público un enclave bastante definido y muy desarrollado en la doctrina y la jurisprudencia [305]. Pero lo que realmente cuenta a efectos de entender su importancia en las actividades que se desarrollan bajo su regulación es la faz dinámico-operativa de sus competencias. Tengamos presente que el ente

[299] En el caso del ENARGAS y del ENRE, tanto el acto de nombramiento como de remoción debe ser comunicado previamente a una comisión del Congreso, la cual tiene 30 días para expedirse sobre el punto, pero su dictamen no tiene efectos vinculantes (arts. 55 y 59 leyes 24.065 y 24.076, respectivamente). En el ORSNA se requiere acto fundado para la remoción (art. 18).

[300] ARN, art. 19; ENRE, art. 59; ENARGAS (art. 55).

[301] En el ENRE se establecen las incompatibilidades propias de la función pública (art. 59) al igual que en el ETOSS (art. 19). En el caso de la ARN no pueden ser titulares de licencias, permisos o autorizaciones reguladas por la ley 24.804 (art. 19). Los miembros del ENARGAS no pueden tener vinculaciones con empresas del sector (art. 55). Igual incompatibilidad poseen los miembros del ORSNA (art. 20).

[302] ARN, art. 28; CNC, art. 30, decreto 1185/1990; ENARGAS, art. 65; ENRE, art. 71; ETOSS, art. 18.b.

[303] ARN, art. 27; ENARGAS, art. 60; ORSNA, art. 24.

[304] ENARGAS, art. 60; ETOSS, art. 18.a; OCRABA, art. 15.

[305] Bien es sabido que nuestra noción de entidades autárquicas viene de los llamados establecimientos públicos (*établissements publics*) franceses, creados como modo de descentralizar ciertas actividades del Estado, en particular la prestación de los servicios públicos, los que merced a su importancia en la organización administrativa adquirieron rango constitucional. Así, el art. 34 de la Constitución de 1958 reservó para el Parlamento la creación de las categorías de establecimientos públicos, los que pueden clasificarse de varias formas donde las más conocidas son: (a) administrativos y (b) industriales y comerciales. En todos los estudios sobre derecho administrativo francés puede verse un capítulo dedicado a los establecimientos públicos; me remito solamente a la cita de un clásico: Laubadere, André de - Venezia, Jean-Claude - Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, t. I, 14ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1996, ps. 269 y ss. De los franceses hemos tomado entonces la posibilidad de generar en la administración (nacional o local) un ámbito de descentralización sin basamento territorial y con atribución de personalidad jurídica al que hemos llamado autárquico (del griego *autarkeia*, es decir, con capacidad para bastarse a sí mismo; conf. Moliner, María, *Diccionario del Uso del Español*, t. I, Gredos, Madrid, 1983, p. 306), con el objeto de diferenciarlo de los entes autónomos a quienes se les reconoce un grado más perfecto de autogobierno que incluye la posibilidad de darse sus propias normas.

regulador ocupa un sitio muy especial en la dinámica de fuerzas e intereses que se dan entre —al menos— los tres sectores directamente interesados en la prestación del servicio público, esto es: (a) el Estado como concedente; (b) el concesionario o licenciatario, y (c) los usuarios, donde —en teoría— aquél debe mantenerse equidistante de los intereses de los tres y velar por la protección y el cumplimiento de los derechos y obligaciones que cada uno posee. Por ello, siguiendo los lineamientos establecidos en los Estados Unidos, se lo ha caracterizado como un *árbitro neutral* [306] entre los tres sectores mencionados.

Al mismo tiempo, el ente regulador puede ser entendido también como un tribunal administrativo. Sobre este particular puede existir alguna controversia fruto de las dificultades propias de definir que debe entenderse por *tribunal administrativo*, pero lo que al menos es indudable es que las normas de atribución de competencia de algunos entes les asignan una intervención "previa y obligatoria en materia de decisiones jurisdiccionales" [307]. Tal es el caso, por ejemplo, del ENRE [308], del ENARGAS [309] y del ORSNA [310]. En los dos primeros casos, además, las decisiones son apelables directamente ante la Cámara en lo Contencioso-Administrativo Federal [311].

Podría considerarse que con los tres elementos mencionados —a los cuales podrían agregarse otros— tenemos una descripción bastante exacta de lo que es un ente regulador. Sin embargo, a mi juicio, no alcanzan para describir su polifacético perfil. Tengo para mí que la compleja trama de competencias que les son atribuidas, sumada a su especial posición en la regulación de una actividad industrial, hacen de los entes reguladores algo más que una simple entidad autárquica que se comporta como un árbitro o como un tribunal. Recordemos —como diji-

[306] CCAF, sala II, "Metrogas v. Enargas", 9/11/1994, LL 1995-B-108.

[307] Acerca de la naturaleza de tribunal administrativo de los entes reguladores cuando emiten decisiones jurisdiccionales, véase AGUILAR VALDEZ, "Reflexiones...", cit.

[308] "*Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente*", establece el art. 72 de la ley 24.065.

[309] "*Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente*", establece el art. 66 de la ley 24.076.

[310] "*Toda controversia que se suscite entre personas físicas o jurídicas con motivo de la administración y/o explotación de los aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos deberá ser sometida en forma previa a la jurisdicción del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, el cual será el único órgano administrativo con facultades jurisdiccionales sobre cuestiones de esta naturaleza*", dice el art. 29 del decreto 375/1997.

[311] ENRE, ley 24.065, art. 76; ENARGAS, ley 24.076, art. 70.

mos más arriba— que los entes reúnen las tres funciones básicas de un estado. Así, dentro del ámbito de la actividad o servicio regulado, ejercen la función administrativa, legislativa y jurisdiccional. Y además lo hacen dentro de un ámbito físico sumamente extendido, que en algunos casos abarca a todo el territorio nacional. De allí, entonces, que los entes reguladores se comportan realmente como un *pequeño estado dentro del Estado.*

Esta comprobación que —sin perjuicio de su exactitud— es más sociológica que jurídica, tampoco permite encontrar un elemento que confiera una nota típica y específica a aquellos entes reguladores así denominados convencionalmente, de otros entes que también regulan determinadas actividades y que sin embargo habitualmente no son considerados tales por no regular una actividad tipificada como servicio público, tal por ejemplo la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN) ya mencionada anteriormente, que es una entidad autárquica con capacidad para actuar en el derecho público y privado [312] y cuyas funciones la convierten en un típico ente regulador de la actividad, aun cuando la actividad nuclear no es un servicio público.

Y si ponemos nuestra atención en la actividad bancaria, que tampoco es un servicio público [313], encontraremos por ejemplo al Banco Central de la República Argentina (BCRA), cuyas funciones están regidas actualmente por las leyes 24.144 [314] y 21.526 [315], cuya simple lectura nos permite observar que, además de ser jurídicamente una entidad autárquica [316], su competencia está concentrada en la regulación de una actividad determinada [317], que tiene competencia en todo el territorio nacional, que ejerce potestades de control y supervisión sobre las entidades reguladas [318] y que posee funciones administrativas [319], legislativas [320] y jurisdiccionales [321] (recurribles en forma directa ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, esto es, el mismo Tribunal donde se plantean

[312] Ley 24.804, art. 14.

[313] Se ha discutido si la actividad bancaria debe ser considerada o no un servicio público. Concuerdo con aquellos que sostienen que no lo es. Sobre el particular véase FARGOSI, Horacio, "La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio", LL 1980-D-558.

[314] La ley 24.144 (BO 22/10/1992), modificada por la 24.485 (BO 18/4/1995), constituye actualmente la Carta Orgánica del BCRA.

[315] Ley de Entidades Financieras, BO 21/2/1977.

[316] Ley 24.144, art. 1.

[317] Arts. 3 y 4.

[318] Ley 21.526, art. 37 y siguientes.

[319] Por ejemplo, autoriza el funcionamiento de entidades financieras (art. 7, ley 21.526).

[320] Entre otras, dicta normas sobre cambios (art. 29.b, ley 24.144).

[321] Puede revocar la autorización para funcionar otorgada a una entidad financiera (art. 41.6, ley 21.526). Acerca de esta cuestión, en un trabajo reciente, puede verse MOISEEF, Marcos E. - VIVIANI, Jorge, "Facultades jurisdiccionales previstas en el nuevo régimen de la Ley de Entidades Financieras. Un buen fallo que las utiliza", ED diario del 25/9/1999.

los recursos dirigidos contra las decisiones emanadas del ENRE y del ENARGAS [322]; todo lo cual permite considerarlo también un pequeño estado dentro del Estado. ¿Podemos entonces calificar al BCRA como el ente regulador de la actividad bancaria? Indudablemente que con estos elementos la respuesta debería ser afirmativa.

Además del BCRA existen otros muchos entes reguladores de la actividad comercial y financiera. Tengamos en cuenta, por ejemplo, la ya mencionada Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), la Comisión Nacional de Valores (CNV), o la más recientemente creada Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT). Las tres son entidades autárquicas [323], que poseen funciones de control y reglamentarias sobre la actividad y las personas reguladas [324], tienen además facultades jurisdiccionales [325] y sus decisiones —en el caso de las dos primeras— son directamente apelables ante una Cámara Nacional de Apelaciones [326]. Esto significa que reúnen sustancialmente las mismas características generales de los entes reguladores de los servicios públicos de gas o electricidad, aun cuando las actividades que regulan tampoco constituyen un servicio público [327].

Más sorprendentes pueden ser estas conclusiones si nos alejamos de la regulación estrictamente económica, pues encontraremos entes como el Instituto Nacional del Teatro (INT) creado por ley 24.800 [328], como una entidad autárquica con jurisdicción en la Secretaría de Cultura de la Nación, que tiene a su cargo la promoción y apoyo de la actividad teatral, con facultades administrativas amplias [329] de fiscalización y control [330], y disciplinarias [331].

La enumeración, ciertamente, podría continuar en extenso, y llegar incluso a órganos desprovistos de personalidad jurídica, pero que igualmente se compor-

[322] Conf. ley 24.065, art. 76, y ley 24.076, arts. 66 y 73, respectivamente. Acerca de la revisión judicial, véase lo que digo *infra* Cap. III.6.

[323] SSN, ley 20.091, art. 65; CNV, ley 17.811, art. 1, y SRT, ley 24.557, art. 35.

[324] Ley 20.091, art. 67; ley 17.811, arts. 6 y 7 y ley 24.557, art. 36.

[325] Ley 20.091, arts. 58-63; ley 17.811, art. 10.

[326] Ley 20.091, art. 83, recurso ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial; ley 17.811, art. 14, recurso ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

[327] La jurisprudencia de la Cámara Comercial alguna vez ha sostenido —a mi juicio con error— que la actividad aseguradora linda con la prestación de un servicio público. CNac. Com., sala C, Impulso Sociedad Cooperativa de Seguros, JA 1979-I-167.

[328] Ley Nacional del Teatro, BO 19/5/1997.

[329] Otorga beneficios, ejerce la representación de la actividad teatral, puede estar en juicio como actor o demandado, actúa por el Minsterio de Relaciones Exteriores como agente ejecutivo en proyectos y programas internacionales (art. 8); financia actividades teatrales (art. 21).

[330] Inspecciona y verifica el cumplimiento de las disposiciones de la ley 24.800 y demás disposiciones que rijan la actividad teatral (art. 28).

[331] Aplica sanciones por incumplimientos de la ley y promueve en su carácter de agente público las acciones derivadas del incumplimiento de la ley 24.800.

tan esencialmente como reguladores o controladores de un sistema. Pensemos, sin ir más lejos, en la Inspección General de Justicia (IGJ), regulada en la ley 22.315 [332], o bien en órganos tales como la Comisión Nacional Antidoping (CNA), creada por la ley 24.819 [333]. Pero con ello no mejoraría el argumento que pretendo demostrar, y además cansaría a los lectores. Para evitar este negativo efecto, diré simplemente que toda la Administración está sembrada de entes (creados por ley o por decreto) que reúnen características muy similares a los que habitualmente llamamos *entes reguladores*, lo cual puede advertirse sin hacer una investigación de campo muy fatigosa. En más de una ocasión puede confundirse a muchos de estos entes con la llamada *autoridad de aplicación* de la ley.

Por ello, para la creación de los entes reguladores podían tomarse dos caminos: (a) elegir un modelo planificado y crear todos los entes existentes a partir de un molde específico, o (b) cubrir las necesidades a partir de hechos concretos y según la impronta que el legislador considerara conveniente en cada momento. Se empleó esta segunda alternativa que, como dije más arriba, es históricamente explicable y no puede ser objeto de reproche en modo alguno. Ello nos obliga, sin embargo, a tomar conciencia de esta diversidad, pues no podemos desconocerla y unificar bajo una misma categoría todos los entes sin para mientes en sus diferencias. La obligación que se impone a partir de esta diversidad entonces es tratar de que cada ente posea un sistema individualmente coherente. De ello me ocuparé en el apartado III.

¿Qué es entonces un ente regulador? A esta altura pueden tomarse dos caminos para definirlos: (a) emplear un criterio amplio que considere ente regulador a todo ente que (creado por ley o por decreto) bajo alguna forma de descentralización (autárquica o no) regule (esto es, ejerza funciones de contralor que se traduzcan en actividades legislativas, administrativas y jurisdiccionales) una actividad determinada, haya sido declarada o no como servicio público; o (b) acudir a un concepto restringido. En este segundo caso las opciones son múltiples.

[332] BO 7/11/1980. La IGJ posee funciones de fiscalización (art. 6), administrativas (art. 11) y jurisdiccionales (art. 12), y sus decisiones en materia disciplinaria son directamente recurribles ante un tribunal judicial de alzada (Cámara Civil o Cámara Comercial —ambas de la Capital Federal—, según la naturaleza de la sociedad sancionada, conf. art. 16).

[333] BO 26/5/1997. Su finalidad (art. 1) es resguardar la lealtad y el juego limpio en el deporte. La CNA tiene funciones reglamentarias, v. gr., dictar las normas de procedimiento para el control antidoping (art. 5.a) o dictar las normas que deberán seguir las entidades comprendidas en la ley a fin de que las sustancias que dieren positivo en los respectivos análisis, sean de conocimiento exclusivo de las partes intervinientes (art. 5.l); funciones administrativas, v. gr., habilitar laboratorios para el control, tomando en consideración las prácticas deportivas a verificar y las condiciones y circunstancias regionales de la actividad deportiva fiscalizada (art. 5.c) o realizar programas educativos, campañas de divulgación sobre los peligros del dopaje para la salud de los deportistas y para los valores éticos y morales del deporte (art. 5.h), y facultades disciplinarias, v. gr., aplicar las medidas que correspondan, en caso de omisión por parte de las entidades deportivas de las obligaciones previstas en la ley (art. 5.k).

Menciono sólo algunos de los criterios que podrían emplearse: (i) *la actividad regulada*: comprenden solamente los entes que regulan la prestación de servicios públicos específicamente declarados como tales; (ii) *el contenido económico de la actividad regulada*: son entes reguladores los que regulan una actividad industrial; (iii) *las funciones desarrolladas*: son entes reguladores los que ejercen una actividad jurisdiccional previa y obligatoria y pueden actuar como tribunales administrativos; (iv) *la naturaleza del acto de creación*: son entes reguladores los que han sido creados por el Congreso; (v) *el momento de su creación*: son entes reguladores los que aparecieron luego de la Reforma del Estado; (vi) *el origen histórico*: son entes reguladores los que regulan la actividad otrora prestada por las empresas o sociedades del Estado privatizadas, etcétera.

De lo dicho se desprende que no existe una noción unívoca, precisa o jurídicamente científica de qué ha de entenderse por ente regulador. Lo que sí existe —pero esto constituye una comprobación meramente fáctica— es que, tal como dije anteriormente, algunos entes han adquirido en la conciencia colectiva de los estudiosos y prácticos del tema una noción arquetípica. Hay entes como el ENRE y el ENARGAS que cualquiera sea el criterio empleado habrán de quedar encuadrados como entes reguladores. Son el *prototipo* del ente regulador y como tales están en el núcleo de esta constelación [334]. A partir de allí, en el camino hacia la periferia de esta noción de contornos indeterminados, van colocándose otros cuya noción de ente regulador se irá desdibujando en la medida de su alejamiento del prototipo central, hasta perder su condición de tales. El punto en que ello ocurra depende en buena medida del umbral de sensibilidad jurídica de cada intérprete dada la inexistencia de regulación legal [335] o jurisprudencial sobre el tema.

En síntesis, y con el ánimo de resumir estas ideas y perfilar en lo posible el concepto de ente regulador, señalo lo siguiente. Las actividades particulares pueden describir un *crescendo* en el interés que el Estado pone en ellas, que está marcado en líneas generales por las tres fases siguientes: (a) cuando una actividad privada adquiere algún interés público el Estado comienza a regularla, a fijar ciertas pautas para su ejercicio, v. gr., las actividades profesionales; (b) un segundo paso tiene lugar cuando la intensidad de esta regulación determine que tal actividad no podrá ser realizada sin una previa autorización especial, v. gr., la actividad bancaria; (c) el tercer paso ocurre cuando la autoridad estatal considera que esa actividad es esencial para la comunidad y entonces la califica especialmente, dándole el carácter de servicio público. Con ello la sustrae de la vida

[334] De hecho, puede comprobarse que los estudios sobre entes reguladores se articulan en torno de estos dos entes a los que se suman a veces, el ETOSS y la CNC. Sin perjuicio de otros, véase Aguilar Valdez, O., "Reflexiones...", ya citado (nota 204), Comadira, J. R., "Reflexiones...", cit., y Thury Cornejo, V., *Fundamentos...*, cit.

[335] Algunos autores ante este problema han propuesto el dictado de una ley uniforme de entes reguladores. Véase Fanelli Evans, Guillermo, "La reforma de la Constitución Nacional y los entes reguladores", LL 1995-A-1044.

privada de manera tal que a partir de allí el Estado puede decidir prestarla por sí en forma monopólica o bien entregarla a los particulares para que la ejerzan por tiempo determinado y bajo alguna forma contractual (concesión, licencia u otra forma semejante).

Tanto en el segundo como en el tercer caso, el Estado precisa controlar que la actividad sea prestada dentro de los límites de la regulación impuesta y que se cumplan las metas comprometidas. Para ello puede optar por: (a) ejercer el control por sí o (b) encomendárselo a una persona estatal diferente, esto es centralizada, siendo la autarquía la forma jurídica que aparentemente resulta más indicada a estos fines. Es indudable que cuando se ha optado por esta segunda solución se persiguen además dos objetivos adicionales: (i) independencia del poder político y (ii) idoneidad técnica. Además este proceso de descentralización de la operación de control, conduce naturalmente a la autonomía funcional del ente y a la delegación en él de todas las funciones que sean necesarias para el cumplimiento de ese fin, entre ellas las funciones reglamentarias y jurisdiccionales. Así concebido, el ente regulador termina siendo, como sostuvimos antes, un pequeño estado dentro del Estado.

Así, retomando dos conceptos mencionados más arriba, podemos sintetizar esta cuestión en lo siguiente:

(a) Me parece correcto tomar el concepto amplio de ente regulador, entendiendo por tal a todo aquel que, creado por ley o por decreto, bajo alguna forma de descentralización (autárquica o no), regule con plenitud de funciones una actividad determinada, haya sido declarada o no como servicio público.

(b) Dentro de esta concepción amplia, hay algunos entes que son arquetípicos, pues reúnen todas las características naturales de un ente regulador, esto es: (i) creación por ley; (ii) autarquía; (iii) plenitud de funciones administrativas, reglamentarias y jurisdiccionales; (iv) idoneidad técnica, y (v) capacidad de actuar como tribunal administrativo, otorgada por la revisión judicial de sus actos por recurso directo ante una cámara de apelaciones.

(c) En materia de servicios públicos, los entes que reúnen estas características son el ENRE y el ENARGAS, y en actividades reguladas que no son servicio público, el BCRA puede ser erigido en prototipo. A partir de este núcleo central empiezan a desgranarse otros entes que carecen de alguna de estas características prototípicas. Tal es el caso del ORSNA, el OCRABA o la CNC, cuya creación por decreto, sin ser inválida, morigera su distanciamiento y autonomía respecto de la Administración central, y permite, por ende, un mayor control administrativo de sus actos [336].

(d) No puede decirse, entonces, que la categoría *ente regulador* sea propia o exclusiva de aquellos que regulan la prestación de un servicio público. Hay entes

[336] Acerca del control de los entes por vía del recurso de alzada, véase *infra* apart. III.5.

que aparecieron antes de la Reforma del Estado y siguen existiendo, y no todos ellos están dedicados al control de un concesionario de servicios públicos.

5. *Los entes reguladores y la "relación de especial sujeción" del concesionario*

Para terminar con este tema, quiero referirme a una modalidad de la relación ente regulador-concesionario, que ofrece algunas observaciones. Habitualmente se afirma doctrinaria [337] y jurisprudencialmente [338] que los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos se encuentran sometidos a alguna de las llamadas *relaciones de especial sujeción* con la administración concedente. Ello exige analizar en primer lugar qué son estas relaciones y, seguidamente, cuáles son las consecuencias de la aplicación de esta doctrina en las facultades otorgadas a los entes.

Se llaman relaciones de especial sujeción a determinadas situaciones jurídicas en las que algunas personas sufren un debilitamiento de sus derechos o garantías como consecuencia de encontrarse sujetas a una determinada relación con el poder público. El caso más típico puede ser el de los funcionarios públicos, los militares, o los internos en las prisiones. La doctrina —como otras muchas en el derecho administrativo— es de origen alemán [339]. Fue elaborada en el

[337] Así, por ejemplo, COMADIRA, "Reflexiones...", cit. Ver especialmente punto 3.

[338] CCAF, sala I, "Edenor SA v. Estado Nacional (Secretaría de Energía)", 5/9/1995, LL 1996-C-445; *idem* sala II, "Edesur SA v. Enre", 3/2/1998 (Causa 52.616/1994); *idem* sala III, "Edenor SA v. ENRE" (Causa 22.663/1994), 27/8/1996; idem "Edesur SA v. ENRE", 2/4/1996 (Causa 14.968/1995).

[339] Tal como ha ocurrido también con los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, luego desarrollados en España por García de Enterría (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1983), con la *teoría del órgano* que fuera propuesta inicialmente por Gierke en su monumental obra *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, y luego analizada exhaustivamente por el profesor uruguayo Aparicio Méndez en un trabajo clásico (MÉNDEZ, Aparicio, *La teoría del órgano* [edición definitiva], Prólogo de Fernando Garrido Falla, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971), con la doctrina del *sacrificio especial*, como límite a la responsabilidad de la administración cuya paternidad parecería corresponderle a Mayer, quien en la edición de 1895 de su *Derecho administrativo* —que hemos conocido en la Argentina por medio de la edición francesa de 1903-1906 (MAYER, Otto, *Le Droit Administratif Allemand*, París, V. Giard & E. Briere), luego traducida aquí por H. Heredia y E. Krotoschin (Depalma, 2ª ed. 1982), y más recientemente con la doctrina de la *confianza legítima* (acerca del origen de esta teoría véase COVIELLO, Pedro J., "La confianza Legítima", ED 4/5/1998) que también ha logrado ramificarse hacia el derecho inglés (véase SUPPERSTONE, Michael - GOUDIE, James, *Judicial Review*, Butterworths, Londres, 1992, ps. 174-176; GORDON, Richard, *Judicial Review: law and procedure*, Sweet and Maxwell, Londres, 1996, p. 202) y ha sido alguna vez mencionada por nuestra Corte Suprema ("Revestek SA v. BCRA", *Fallos:* 318-1531 [1995], especialmente votos de los Dres. Moliné O'Connor y López, en ps.1564 y 1571, respectivamente).

siglo XIX, especialmente por Laband y Mayer, admitiéndosela más tarde en Italia [340] y en España [341]. En la Argentina, si bien no tiene una gran desarrollo doctrinario, ha sido considerada algunas veces por la Corte Suprema [342] y otros tribunales [343] fuera de la relación concedente-concesionario.

Tal como señala García de Enterría [344], esta doctrina sostiene que ante la Administración hay personas (administrados) sometidas a ella de una manera general, es decir, no calificada por una situación determinada (administrado simple), y otras que están insertas en la organización administrativa, lo que crea con esta última una *relación especial de poder*, también llamada *supremacía o sujeción especial* [345]. El maestro español, sin embargo, es particularmente crítico de la doctrina, y señala que en su país tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional hicieron una errónea aplicación de ella, calificando como relaciones de especial sujeción supuestos que nada tienen que ver con la disciplina interna de una organización, hasta que el Tribunal Constitucional, en sentencia del 29/3/1990, corrigió esta tendencia. Señala este pronunciamiento que la distinción entre relaciones de sujeción general y relaciones de sujeción especial es de por sí imprecisa, y dice también que la existencia de una relación especial no justifica el abandono del principio de legalidad ni debe ocasionar la violación de los derechos del administrado.

Como vemos, el manejo y aplicación de esta teoría requiere de sumo cuidado. En primer lugar debemos reconocer que su empleo lineal o dogmático puede no reparar en los orígenes históricos de una concepción nacida hace más de cien años en un país inmerso en una problemática jurídico-política completamente diferente a la de la Argentina de hoy. En segundo lugar no podemos dejar de

[340] La doctrina fue receptada inmediatamene por SANTI ROMANO ("La teoria dei diritti pubblici subbjetivi", en ORLANDO y otros, *Primo Tratatto Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milán, 1900), pero en la actualidad no ha tenido desarrollos importantes. La doctrina italiana puede consultarse en la obra de Lasagabaster Herrarte, que cito en la nota siguiente.

[341] Uno de los precursores en este país fue Alfredo GALLEGO ANABITARTE (*Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, RAP, 1961, ps. 7 y ss.), mereciendo luego un trabajo de Ricardo GARCÍA MACHO (*Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992), y más recientemente otro de Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (*Las relaciones de sujeción especial*, Civitas - Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1994).

[342] "Gabrielli v. Estado Nacional", *Fallos:* 319-1165 (1996), cons. 12 del voto de la mayoría y 9 de la disidencia de los jueces Moliné O'Connor y López.

[343] CCAF, sala I, "Ponchón v. Policía Federal Argentina", 18/5/1999 (Causa nro. 40.331/1995).

[344] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, vol II, 5ª ed., Cap. XV, ps. 19 y ss., Civitas, Madrid, 1998.

[345] De acuerdo con Mayer —autor principal de la teoría—, "*cuando se habla de relación de sujeción especial se hace entonces referencia a esa acentuada dependencia que se establece a favor de un determinado fin de la Administración Pública para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial*" (Cit. por LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones...*, cit., p. 29).

prestar atención a que su desarrollo posterior no ha sido muy fructífero. Los italianos no la emplean actualmente, y los franceses nunca la incorporaron. Tampoco hay vestigios de ella en el mundo anglo-norteamericano. Ello indica que llega hasta nosotros por vía exclusiva de los españoles, siempre buenos tributarios de los alemanes, pero que, no obstante —como vimos—, recelan de sus efectos [346].

No puede ocultarse sin embargo, que en la base de la doctrina hay un dato cierto: ante la Administración hay dos categorías de personas: (a) los *administrados simples*, esto es, aquellos que no tienen con aquélla ninguna relación contractual o extracontractual singular, y (b) aquellos que sí la tienen. Estos segundos están voluntaria o involuntariamente bajo la aplicación de un determinado estatuto legal que les confiere un status diferente al del resto de los administrados. También es cierto que quienes están comprendidos en la segunda categoría pueden sufrir alguna limitación de sus derechos. Pero aquí es preciso hacer dos aclaraciones fundamentales: (i) no toda relación particularizada supone una relación de especial sujeción para con la Administración. Es necesario recordar, tal como lo hace García de Enterría, que no pueden confundirse las relaciones de especial sujeción con cualquier caso de relación particularizada entre la Administración y un administrado [347]. Así, parecería que las relaciones de especial sujeción deben ser una especie dentro del género relaciones particularizadas, y (ii) la sujeción voluntaria o involuntaria a un determinado estatuto (legal o reglamentario) o relación contractual, no autoriza a la Administración a exceder los límites de ese estatuto o contrato. En otras palabras, la existencia de una relación de especial sujeción no aumenta los poderes de la Administración fuera de lo que está previsto en las normas (legales, reglamentarias o contractuales) atributivas de competencia. Por ello, no coincido con la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo [348], según la cual en materia disciplinaria a los concesionarios de servicios públicos no se aplica estrictamente el principio de legalidad, dada la situación de especial sujeción en que se encuentran.

Con las salvedades antedichas, no veo inconvenientes serios en admitir que un concesionario de servicios públicos está comprendido en una relación de especial sujeción, aun cuando en mi opinión ello debería reservarse solamente para aquellas situaciones que, en el decir del propio Mayer, suponen una "acentuada dependencia" del administrado con la Administración. Tal sería el caso sin dudas de quienes están sometidos a una verdadera relación jerárquica con la Administración, la cual puede imponerles cargas especiales y diferenciadas del resto de

[346] De hecho, hay autores que, como Pérez Serrano, aun estando influenciados por los autores alemanes, no mencionan las relaciones de especial sujeción. Puede consultarse PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de derecho político*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984.

[347] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso*…., cit., vol II, p. 21.

[348] EDENOR SA v. ENRE, 27/8/1996 (Causa 22.663/1994). Este fallo será comentado *infra* apartado III.3.2.

los administrados. De lo contrario, si extendemos mucho el campo de la sujeción especial, nos encontraremos con que la excepción rápidamente se convierte en regla, pues todos, en alguna u otra forma, estamos comprendidos bajo una situación especial. Pensemos, por ejemplo, no sólo en los concesionarios o licenciatarios de un servicio público, sino en todos aquellos que están sujetos al control de otros entes reguladores como el Banco Central, etc. Con un criterio muy amplio, hasta el administrado más alejado de la Administración puede ser objeto de una relación de sujeción especial si, por ejemplo, queda comprendido dentro del régimen de ocupación temporánea previsto en el Título IX de la Ley Nacional de Expropiaciones [349].

III. El problema de la coherencia en el régimen jurídico

1. Planteo

La ausencia de un sistema jurídico general y unificado aplicable a todos los entes —como dato de la realidad arriba descripta— no puede ser causal o excusa que justifique la falta de coherencia interna en el régimen individual de cada uno. Todo lo contrario. Si bien —como dije— no encuentro criticable la existencia de diversos sistemas jurídicos, no puede admitirse en cambio que cada ente en particular carezca de un sistema interno coherente. Es fácil caer en la tentación de creer que, como aludimos a una categoría jurídica más o menos identificable, es conveniente o posible aplicar analógicamente las soluciones de uno o algunos de ellos a los restantes. Ello nos puede inducir a cometer algunos errores.

A lo largo del presente capítulo intentaré demostrar que esta tarea debe abordarse con cierto cuidado ya que no siempre lo que es aplicable a algunos de ellos puede serlo a otros, sin mengua de la coherencia en el régimen del ente. En mi opinión, esta coherencia debe estar dada por la coordinación de: (a) la naturaleza de su norma de creación; (b) los alcances de sus facultades; (c) el control administrativo o de tutela sobre el ente y (d) los límites de la revisión judicial. Existe, a mi juicio, una gran interconexión entre estos cuatro aspectos de la vida del ente que obran como causa y efecto. De tal modo, a tal norma de creación obedecen irremediablemente ciertas consecuencias sobre sus funciones, éstas influyen, a su vez, en el control por vía jerárquica y, finalmente, todo ello desemboca en los alcances de la revisión judicial que se pretenda.

[349] Ley 21.499, BO 24/12/1976.

2. *La influencia de la norma de creación. El problema de la delegación legislativa*

Como afirmamos antes, la naturaleza de la norma de creación del ente imprime en éste una marca o *patrón genético* que influye luego en el resto de su existencia. Así, si bien admito que pueden crearse entes tanto por ley como por decreto, ello no impide que existan consecuencias diversas según se opte por un camino u otro. La diferencia fundamental radica, naturalmente, en la extensión de las facultades de los entes. Nadie puede transferir o delegar lo que no posee, de modo tal que los entes creados por decreto necesariamente están más limitados en sus funciones que los creados por el Congreso. Esta limitación se verifica, especialmente, en lo referido a los derechos de los terceros (usuarios o no) ajenos a la relación contractual que emerge de la licencia o concesión. En otras palabras, los entes creados por ley pueden ejercer facultades legislativas delegadas, lo que les está vedado a los creados por decreto.

Esta afirmación me obliga a reflexionar sobre los alcances y límites del artículo 76 de la Constitución. Según esta norma y en lo que aquí específicamente interesa: "*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración..., con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*". ¿Hasta dónde, entonces, luego de la Reforma Constitucional de 1994, está permitida la creación de entes reguladores por ley del Congreso y la delegación en ellos de facultades legislativas?

Es indudable que para dilucidar este punto hay que hacer un esfuerzo por interpretar esa confusa mención a las materias determinadas de administración. Y ha sido el Congreso, en ocasión del dictado de la ley exigida por la Disposición Transitoria Octava, referida a la ratificación de la legislación delegada preexistente, quien ha formulado esta interpretación. En agosto de 1999 fue sancionada la ley 25.148 [350], que además de ratificar toda la legislación delegada preexistente [351], tal como me permití sugerir en su momento [352], ha formulado una interpretación de lo que debe entenderse por facultades determinadas de administración.

Para ello la ley tomó en cuenta [353] la distinción trazada por Marien-

[350] BO 24/8/1999.

[351] El artículo 3 dice: "*Apruébase la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994*".

[352] Bianchi, Alberto B., "Toda la legislación delegada está por caducar ¿Qué hacemos con la Disposición Transitoria Octava?", ED 182-1272 y diario *La Nación*, 11 de agosto de 1999.

[353] Influyó en ello la autorizada opinión de Julio R. Comadira, quien en un trabajo *inédito* —que tuvo la gentileza de alcanzarme— propició el criterio que luego fue seguido en líneas generales.

hoff [354] entre la administración general que posee el Presidente [355] y la administración especial que posee el Congreso. Según este criterio, si bien el Presidente tiene la administración general del país, ello no le confiere la "administración total", razón por la cual alguna porción de la administración total del país le corresponde al Congreso quien ejercería así algunas "administraciones especiales", tales por ejemplo, la de crear las entidades autárquicas (bancos y universidades nacionales, entre otras), conforme lo establecido en los incisos 6 y 18 del artículo 75 (antes, art. 67, incs. 5 y 16). De tal suerte, el artículo 1° de la ley entiende que son facultades determinadas de administración —y, por ende, delegables por el Congreso—, las enumeradas en el artículo 2° [356] de la ley, entre las cuales se cuenta la legislación en materia de servicios públicos, lo que abarca ciertamente la creación de entes reguladores de éstos.

Sin perjuicio de la autoridad de sus expositores, y de lo que la propia ley 25.148 ha establecido, personalmente no creo que cuando el Congreso dispone la creación de un banco nacional, de una universidad o de cualquier otra entidad autárquica (los entes reguladores incluidos) esté administrando, como tampoco administra cuando crea un nuevo tribunal, bajo lo dispuesto en el artículo 75.20. Se trata, según me parece, de una actividad típicamente legislativa, aun cuando como fruto de ella nazca un órgano o ente administrativo, un tribunal, o se sancione un estatuto para la organización de las Fuerzas Armadas o de la Jefatura de Gabinete. Según este mismo criterio, también implicaría administrar el dictado de las leyes de Ministerios o de Presupuesto, que están íntimamente relacionadas con la marcha de la administración general del país. En mi opinión, la adminis-

354 MARIENHOFF, M., *Tratado...*, t. I, 5ª ed., cit., 1995, § 118-B, p. 413.

355 Es importante recordar que esta división fue trazada bajo la vigencia del art. 86, cuyo inc. 1° actualmente, bajo el art. 99, inc. 1°, el Presidente es el "responsable político" de la administración general del país y el Jefe de Gabinete, según el art. 100, inc. 1, "ejerce" la administración general. En cualquier caso, la distinción de Marienhoff sigue teniendo vigencia.

356 Esta norma dice: "*A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con:*

"*a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización;*

"*b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno;*

"*c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios;*

"*d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;*

"*e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;*

"*Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país*".

tración que poseen el Congreso y el Poder Judicial, si bien es amplia en cuanto a las materias que abarca (dictado de reglamentos, contratación y remoción de personal, celebración de contratos de obra, de suministro, de servicios, etc.), sólo está circunscripta al ámbito de sus necesidades internas. Pero, aun así, la interpretación que ha hecho la ley 25.148 tiene dos virtudes importantes: (a) impedir que el artículo 76 de la Constitución en este punto se convierta en letra muerta [357], y (b) dejar a salvo la legislación delegada dictada antes y después [358] de la Reforma Constitucional, lo que ha evitado que cayéramos en una gran inseguridad jurídica. En síntesis, la ley 25.148 ha convalidado las leyes de creación de los entes reguladores y las facultades legislativas delegadas en ellos. Hacia el futuro, ha establecido las bases para la creación de nuevos entes con posibilidades de efectuar similares delegaciones.

3. *Facultades que pueden ejercer por delegación legislativa los entes creados por el Congreso*

Veamos, entonces, cuáles son esas facultades legislativas delegadas que pueden ejercer los entes creados por ley y que están vedadas a los nacidos de un reglamento autónomo. En primer lugar, y como regla general, el ente creado por

[357] El legislador debía evitar que el art. 76 cayera en alguno de dos extremos posibles sobre lo que podría entenderse por administración del Congreso. Administrar, en primer lugar, es un concepto que abarca un universo de asuntos y competencias de las más variadas, y comprenden desde la prestación de los servicios públicos o la construcción de escuelas, hasta la fabricación de armas para defensa o la elaboración de planes para la educación, la salud, la erradicación de la pobreza, la política monetaria y la conducción de las relaciones internacionales. Pero es indudable que éstas son facultades propias del Poder Ejecutivo. Bajo esta primera interpretación, el art. 76 carece de sentido alguno. En el otro extremo, tenemos la verdadera administración interna que tiene el Congreso, cuya posibilidad de ser delegada dejaría también vacío de contenido real al art. 76. El equilibrio entre estos extremos ha sido escogido convencionalmente por la ley 25.148 en la creación de entidades autárquicas y otras materias reguladas en el art. 2°.

[358] Sobre este punto me parece que el art. 11 de la ley posee un error material que debería ser aclarado. Establece que "*Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratifícase en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas* con anterioridad *a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El Poder Ejecutivo Nacional ejercerá su atribución con arreglo a lo dispuesto en el art. 100, inciso 12 de la Carta Magna*" (el destacado me pertenece). Sin embargo, la legislación delegada con anterioridad a la Reforma, esto es, la que no estaba abarcada por el actual art. 76, está aprobada en el art. 3° de la ley. Por tal motivo, entiendo que debería aclararse que el art. 1° hace referencia a la legislación dictada con posterioridad a la Reforma, de lo contrario todo ese bloque de legislación, que abarca, por ejemplo, la creación de muchos entes reguladores, queda sin cobertura.

decreto no puede afectar con sus decisiones ni la persona ni los bienes de los terceros ajenos a la relación contractual entre el concedente y el concesionario o licenciatario [359]. En tal sentido, creo que son aplicables aquí las mismas limitaciones que posee la ejecutoriedad del acto administrativo, señaladas desde hace años por Cassagne [360]. Pero, además, existen importantes limitaciones para los entes creados por decreto que son aplicables también a los concesionarios o licenciatarios. Son las que proceden básicamente del principio de legalidad y se refieren a: (i) imposición de tasas; (ii) aplicación de penalidades; (iii) restricciones al dominio. Veamos.

3.1. Tasas

Como señalamos al enumerar las facultades de los entes, es facultad corrientemente atribuida fijar y percibir las tasas, derechos y aranceles. En materia de telecomunicaciones, por ejemplo, el decreto 1185/1990, a fin de dotar a la entonces CNT hoy CNC de recursos económicos suficientes y garantizar su funcionamiento e independencia, el artículo 10 del decreto 1185/1990 creó el Fondo Nacional de Telecomunicaciones conformado principalmente por una tasa de control equivalente al 0,5% de los ingresos totales devengados por la prestación de los servicios de todos los operadores de telecomunicaciones y por los derechos y tasas por uso del espectro radioeléctrico [361].

Sin embargo, no podemos olvidar que en nuestro país ha quedado superada la tesis que sostenía que la tasa no era una institución fiscal, sino una creación administrativa para resarcirse de gastos en determinados servicios prestados para el usuario por el Estado. A partir del fallo Compañía Swift de La Plata [362], la Corte Suprema se ha pronunciado indubitablemente a favor de conferir naturale-

[359] Coincido en esto con Comadira. Véase COMADIRA, J., "Reflexiones...", cit.

[360] Este autor sostiene que toda ejecución coactiva del acto que recaiga sobre la persona o los bienes del administrado debe estar dispuesta por los jueces. CASSAGNE, Juan C., *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 342 y *Derecho administrativo*, t. II, cit., p. 241.

[361] El excedente de recursos respecto al nivel de gastos, previsto en el presupuesto de la Comisión Nacional de Comunicaciones, debía ser aplicado al desarrollo de los servicios oficiales de telecomunicaciones y radiodifusión. A partir de la sanción de la Ley de Administración Financiera en 1992, se dispuso que los excedentes debían ser transferidos al Tesoro Nacional. Por ello, a pesar de la mejora de los recursos recibidos según el decreto desde $ 40,5 millones en 1993 hasta $ 93,3 millones en 1997, el presupuesto del organismo no sufrió mayor aumento, ya que pasó de $ 28 millones en 1993 a $ 29,4 millones en 1997. Los aportes al Tesoro Nacional crecieron de $ 27,5 millones en 1993 a $ 71 millones en 1997 (la diferencia entre el presupuesto y los aportes al Tesoro respecto de los recursos recibidos proviene de sobrantes presupuestarios de períodos anteriores. Véase: *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos*, cit. en nota 2, p. 385.

[362] *Fallos:* 251: 50 (1961)

za tributaria a las tasas, reafirmando entonces que tal instituto es una especie del género "tributos", y que debe ser juzgada según los requisitos comunes de éstos, entre los que se destacan en el citado fallo, su creación legal, su finalidad de interés público y su no confiscatoriedad. Asimismo, la doctrina impositiva tiene establecido de manera unánime el carácter tributario de la tasa, particularmente en punto a la exigencia del principio de legalidad [363], por cuanto la tasa es una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio derivado del principio de la soberanía estatal.

En este sentido, tengamos presente que los decretos 360/1995 y 67/1996, que son la fuente normativa de las tasas que cobra la Inspección General de Justicia, fueron declarados inconstitucionales por la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, justamente por su evidente agravio al principio de legalidad. El decreto 360/1995 fue fulminado en el fallo "Jaimar" [364], y su sucesor corrió la misma suerte en "Cidecom Internacional SA" y Clarewood SA [365], donde se sostuvo: "*La tasa es un tributo porque es una obligación dineraria creada por el Estado en ejercicio del poder de imperio y en virtud de la ley, exigida de modo coactivo para la satisfacción de necesidades públicas. Su hecho imponible es la prestación efectiva o potencial de un servicio por parte del Estado. Su prestación es una suma de dinero y el sujeto pasivo de la obligación —el contribuyente— es quien recibe el servicio. La Constitución Nacional atribuye al Congreso de la Nación la potestad para crear tributos. La tasa es un tributo y, consecuentemente, debe ser un acto de dicho órgano el que la establezca.*" También la doctrina se manifestó en forma unánime para repudiar dichos decretos [366].

Es que toda esta cuestión gira en torno de la manifiesta e insalvable incompetencia del Poder Ejecutivo para crear tributos o impuestos, facultad que, por otra parte, se encuentra constitucionalmente reservada —y expresamente atribuida— al Congreso. Dentro de esta zona de reserva de la ley se encuentra la po-

[363] GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, Depalma 5ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 293; CORTI, Arístides H. M., "Los principios constitucionales y el sistema fiscal argentino", en *Impuestos*, 1992-B-1689; CASAS, José O., "El principio de reserva de ley en materia tributaria ante la Reforma Constitucional. Los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados", *Periódico Económico Tributario* nro. 63 - 1994; DÍAZ ORTIZ, José A., "Jerarquía normativa en el derecho tributario. (Un aporte a la sistematización de la pirámide normativa)", en *Impuestos*, 1997-C-3055.

[364] CNFed Contencioso-administrativo, sala IV, 29/9/1995; "Jaimar v. Estado Nacional", en *Impuestos*, 1994-A-44.

[365] CNFed Contencioso-administrativo, sala II, 12/9/1996; "Cidecom Int. SA y Clarewood SA"; referenciado en *Periódico Económico Tributario* nro. 119.

[366] EIDELMAN, José R., "'Tasa' Inspección General de Justicia", en *Impuestos*, 1996-A-871; ROLDÁN, Silvina, "La Tasa de la Inspección General de Justicia, el decreto 67/1996 y su violación al principio de reserva legal en materia tributaria", en *Periódico Económico Tributario* nro. 146, 1997; FARIAS, Andrés, "Tasa de Inspección de Justicia (Sociedades)", en *Impuestos*, LIII-B-2995.

testad de crear gravámenes de naturaleza tributaria. Tal es la previsión del art. 4º de la Constitución Nacional, en tanto establece *"...las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General..."*. Por su parte, el art. 17 prevé: *"Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º"*. A su turno, el art. 75 prevé en su inciso segundo que la facultad de crear gravámenes o imponer contribuciones le está exclusivamente atribuida y reservada al Congreso de la Nación, salvo en lo referido al ejercicio concurrente de facultades con las provincias.

En consecuencia, *"...el principio constitucional de legalidad sólo puede quedar satisfecho en tanto la ley formal — material contenga todos los elementos esenciales para crear de manera cierta la obligación, es decir: a) el hecho imponible, definido de manera cierta; b) los presupuestos de hecho a los que se atribuirá la producción del hecho imponible; c) los sujetos obligados al pago; d) el método o sistema para determinar la base imponible, en sus lineamientos esenciales; e) las alícuotas que se aplicarán para fijar el monto del tributo; f) los casos de exenciones; g) los supuestos de infracciones; h) las sanciones correspondientes; i) el órgano administrativo con competencia para recibir el pago; y j) el tiempo por el que se paga el tributo, con lo cual las competencias del Poder Ejecutivo en la materia quedan totalmente circunscritas a hacer recaudar las rentas de la Nación"* [367]. Este criterio es el aceptado por la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema: *"...la jurisprudencia de esta Corte ha establecido categóricamente que los principios y preceptos constitucionales prohiben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de* impuestos, contribuciones y tasas *(Fallos: T. 155 - p. 290; T. 248 - p. 482; T. 303 - p. 245; T. 312 - p. 912, entre otros) y, concordantemente con ello, ha afirmado reiteradamente que* ninguna carga tributaria *puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único Poder del Estado investido de tales atribuciones (causa 'Eves Argentina S.A.' - Fallos: T. 316 - p. 2329 - considerando 10 y su cita, entre otros)"* [368].

3.2. Sanciones

Una segunda fuente de limitaciones para los entes creados por decreto es la de crear sanciones disciplinarias. Esta actividad también está encomendada al Congreso por virtud del principio de legalidad, tal como lo sostuvo hace más de cuarenta años la Corte Suprema al resolver el caso "Raúl Oscar Mouviel", en el

[367] CASÁS, José O., "Estudio preliminar sobre los aspectos introductorios al principio de reserva de ley en materia tributaria", en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario - Homenaje al Dr. Juan Carlos Luqui*, Depalma, 1994, p. 123.

[368] CIC "Trading SA v. Fisco Nacional s/repetición", *Fallos:* 321-347 (1998).

cual incluso se pusieron fuertes límites a la delegación dada la restricción de los derechos personales que esta actividad supone [369]. Este criterio ha sido admitido con amplitud por la doctrina argentina mayoritaria, la cual también se ha pronunciado a favor de la aplicación de los principios del derecho penal (en particular el de legalidad) al poder disciplinario administrativo. Así lo han sostenido, por ejemplo, Marienhoff [370], Cassagne [371], Diez [372] y Fiorini [373]. Ésta es, a su vez, la tendencia actual en el derecho comparado. Un nutrido grupo de tratadistas españoles sostiene la necesidad de aplicar al derecho disciplinario administrativo los principios que emanan del derecho penal [374]. Están enrolados en esta tendencia Parada Vázquez [375], García de Enterría [376], Martín Retortillo [377], Cerezo Mir [378] y Bajo Fernández [379]. Asimismo, tanto en Reino Unido [380] como en Francia [381]

[369] *Fallos:* 237-636 (1957). Allí dijo: "*En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución art. 1 y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco al Poder Ejecutivo le es lícito, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el art. 86, inc. 2, de la Constitución, sustituirse al legislador y por supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley previa que requiere la garantía constitucional del art. 18*".

[370] Marienhoff, M. S., *Tratado...*, t. I., cit., p. 167.

[371] Cassagne, J. S., *Derecho administrativo*, t. II, cit., p. 575.

[372] Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. IV, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, p. 86.

[373] Fiorini, Bartolomé, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 187.

[374] Por lo pronto, el art. 25.1. de la Constitución vigente establece: "*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*".

[375] Parada Vázquez, José R., "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", RAP nro. 69 (1972), ps. 47 y ss.

[376] García de Enterría, Eduardo, "El problema jurídico de las sanciones administrativas", REDA nro. 10 (1976), ps. 400 y ss. Véase también García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1998, ps. 170 y ss.

[377] Martín Retortillo Baquer, Lorenzo, "Multas administrativas", RAP nro. 79 (1976), ps. 13 y ss.

[378] Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español*, Parte General, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1981, ps. 43 y ss.

[379] Bajo Fernández, Miguel, *El derecho penal español (aplicado a la actividad empresarial)*, Civitas, Madrid, 1978.

[380] Véase, por ejemplo, Leigh, L. H., *Police Powers in England and Wales*, Butterworths, Londres, 1975.

[381] Véase Rivero, Jean, *Les libertes publiques*, vol. II, 5ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1996, p. 53.

la actividad disciplinaria de la Administración está muy acotada, y en Italia o Alemania, donde es amplia, existen leyes que la reglan expresamente y le ponen límites precisos [382].

Sin embargo en la jurisprudencia de nuestros tribunales federales encontramos algunos criterios diferentes. Así, por ejemplo, la sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal [383] ha sostenido que, en lo atinente a la naturaleza y extensiones de las sanciones previstas en el contrato de concesión suscripto por una distribuidora de electricidad, no puede hablarse de una *potestad sancionadora*, sino de una *potestad correctiva* nacida del contrato y de la relación de especial sujeción del concesionario, no resultando comparables —a juicio de este fallo— los elementos subjetivos, objetivos y causales de una y otra potestad [384]. Por tal motivo concurren en una y otra hipótesis dos tipos de responsabilidad diferente: contractual y extracontractual, no siendo intercambiables los principios de una y otra. De tal suerte el principio de legalidad en la potestad correctiva no muestra la rigidez específica de la potestad sancionadora en general, por cuanto estrictamente no se contempla aquí una infracción administrativa en el sentido clásico de la categoría, sino el incumplimiento de una obligación contractual voluntariamente aceptada dentro del marco que impone la debida prestación del servicio.

Ya me he referido previamente —con sentido crítico— a la aplicación de la doctrina de la especial sujeción a los concesionarios o licenciatarios y sus consecuencias en la extensión de las facultades de los entes [385].

3.3. Restricciones al dominio

Es común también —tal como ya he mencionado [386]— que los entes puedan establecer, a pedido de los concesionarios, los bienes que deban ser afectados a expropiación o servidumbre, o bien autorizar las servidumbres de paso y otorgar otras autorizaciones. Se trata, indudablemente, de una afectación de derechos de terceros que requieren de la intervención del Congreso y, por, ende están

[382] En Italia rige la ley 689/1981, del 24 de noviembre de 1981, y en Alemania la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* —ley de ilícitos administrativos—, del 19 de febrero de 1987.

[383] "EDENOR SA v. ENRE", 27/8/1996 (Causa 22.663/1994); "EDESUR SA v. ENRE", 2/4/1996 (Causa 14.968/1995).

[384] En la potestad correctiva —se afirma— los sujetos pasivos son particulares que, aunque externos a la Administración, están encargados de gestionar un servicio público y pueden eventualmente incumplir las condiciones y reglas de la concesión dentro de la relación de especial sujeción a la que están sometidos. Por el contrario, la potestad sancionadora se dirige genéricamente a los ciudadanos como tales y a raíz de un acto ilícito tipificado por la norma.

[385] Véase apartado II.5.

[386] Véase *supra* apartado II.2.3.1.8.

vedadas a los entes creados por decreto. Pueden, en cambio, ser delegadas en los entes creados por ley, y se aplican aquí los principios de la delegación legislativa en materia de expropiación [387].

4. Otras restricciones

Además de las que derivan del principio de legalidad, los entes creados por decreto poseen otras dos restricciones que considero importantes: (a) la imposibilidad de intervenir al concesionario en forma cautelar, y (b) las que se imponen a sus facultades jurisdiccionales.

4.1. Intervención cautelar

Hemos visto que algunos entes como el ETOSS o la OCRABA tienen la facultad de requerir al Poder Ejecutivo la intervención cautelar del concesionario cuando, mediando causas de extrema gravedad y urgencia que afecten el buen servicio, exista un serio peligro para los usuarios o los bienes afectados al servicio [388].

[387] Esta línea jurisprudencial, si bien se inicia con "F. C. Buenos Aires al Pacífico v. La Inmobiliaria", *Fallos:* 82-284 (1899), en el que la Corte exigió que por cada expropiación se dictara una ley particular, el rumbo fue inmediatamente corregido, y ya en "Ferrocarril del Oeste v. Ernesto Garbarini", *Fallos:* 105-80 (1906) fue admitida la constitucionalidad de la Ley de Ferrocarriles del 11 de febrero de 1890, que autorizaba expropiaciones en forma genérica. Igual criterio fue adoptado ese mismo año en "Empresa Puerto del Rosario v. Compañía de Gas", *Fallos:* 105-183 (1906). En 1914, al fallar la causa "Ferrocarril Buenos Aires al Pacífico v. Joaquín del Río", *Fallos:* 119-5, en la que se cuestionaba la constitucionalidad del art. 9º de la ley 4300, la Corte dijo: "*Que la circunstancia de dejar librado al Poder Ejecutivo la aprobación de los planos de las obras con arreglo a los estudios que se practiquen previamente, no importa en el subjudice una delegación de facultades hecha por el Congreso, sino una prescripción de carácter administrativo para la ejecución de la ley*". Igual doctrina emana de "Ferrocarril Gran Oeste Argentino v. Vidal Hermanos", *Fallos:* 120-332 (1915). Con "Ferrocarriles del Estado v. Vidal", *Fallos:* 150-360 (1928) puede decirse que la Corte consolidó su doctrina sobre la materia. Dijo el Tribunal: "*Que la garantía constitucional del mencionado art. 17 en cuanto establece que la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada, no importa la obligación del Congreso de dictar una ley especial para cada una de las propiedades que sean afectadas por el trazado de una línea férrea u otra obra pública cualquiera de utilidad nacional, por cuanto no incumbe al Congreso Nacional entrar al detalle o estudio de los terrenos que fueren necesarios para la realización de las actividades administrativas. Basta para salvar el principio de la inviolabilidad de la propiedad, la autorización general para expropiar que haga la ley general respectiva*". Finalmente, en "Dirección Nacional de Vialidad v. Badaracco Bottaro", *Fallos:* 183-88 (1939), igual principio quedó extendido a las obras viales.

[388] Me remito a lo dicho *supra* apartado II.2.3.1.1.

La intervención es una forma de control administrativo que ejerce el Poder Ejecutivo sobre los órganos o entes que conforman la Administración central o descentralizada derivada de su condición de titular de aquélla (art. 99.1, CN) [389]. Ahora bien, de allí a sostener que el Poder Ejecutivo o un ente regulador creado por aquél puedan intervenir por sí un concesionario es dar un salto cuantitativo que no me parece justificado ni aun cuando se admitiera que aquél se encuentra comprendido dentro de una relación de especial sujeción [390]. Téngase presente que se trata de una de las medidas más extremas que pueden tomarse respecto del prestador del servicio, la que de hecho o de derecho implica un desplazamiento de sus órganos societarios en la conducción de la empresa.

Creo, en consecuencia, que la intervención sólo puede ser decidida por los entes creados por ley cuando esta facultad está expresamente otorgada por aquélla y bajo las condiciones allí indicadas. A mi juicio, existe un paralelismo en este caso con la intervención que puede decretar la IGJ [391]. Los entes creados por decreto, en cambio, deben solicitar judicialmente la intervención cautelar del concesionario.

4.2. Facultades jurisdiccionales

El ejercicio de facultades jurisdiccionales genera otro problema delicado. Algunos marcos regulatorios como el del gas [392], la electricidad [393] o los aeropuertos [394] disponen —tal como hemos visto [395]— la llamada *jurisdicción previa y obligatoria* de los entes, de modo tal que *toda* controversia que se suscite entre los sujetos de los servicios regulados o los usuarios y terceros debe quedar sometida a la instancia del ente. Se ha creado así una suerte de tribunal administrativo [396] que, en algunos casos, además (gas y electricidad), sustituye a la primera instancia judicial.

En este punto también deben ser anotadas algunas diferencias entre los entes creados por ley y los que nacen por voluntad del Poder Ejecutivo. No caben dudas de que, en su capacidad jurisdiccional, los entes se comportan como tribunales

[389] MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, t. I, cit., §177, p. 553; CASSAGNE, J. S., *Derecho administrativo*, t. I, cit., p. 245.

[390] Acerca de esto me remito a lo dicho *supra* apartado II.5.

[391] Según lo dispuesto por el art. 10.j, ley 22.315.

[392] Ley 24.076, art. 66.

[393] Ley 24.065, art. 72.

[394] Decreto 375/1997, art. 29.

[395] Véase apartado II, punto 2.4. *supra*.

[396] En contra, Gordillo, quien niega que los entes constituyan tribunales administrativos (GORDILLO, A., *Tratado...*, cit., Cap. XV, ps. 13 y ss).

administrativos [397], con jurisdicción obligatoria. Al mismo tiempo debemos tener en cuenta también que el órgano constitucionalmente investido de la facultad de crear tribunales es el Congreso y no el Poder Ejecutivo. De ello se sigue que el Congreso es el *único* poder con facultades para establecer una jurisdicción obligatoria, sea en sede administrativa o judicial [398]. El Poder Ejecutivo también puede establecerla, pero no podría imponerla obligatoriamente, sino sólo en forma voluntaria.

Aplicados estos principios a los entes reguladores, y teniendo en cuenta que su jurisdicción obligatoria se extiende a toda controversia, incluso las que se susciten con usuarios o terceros, creo que es necesario formular una distinción entre (a) los sujetos de la relación concesional y (b) los restantes sujetos. Así, solamente los entes creados por ley pueden tener jurisdicción previa y obligatoria sobre todas las controversias que abarquen a ambos. Por el contrario, los creados por decreto sólo pueden tenerla respecto de los primeros, en la medida en que han acatado el marco regulatorio y se han sometido a sus prescripciones, pero no sobre los segundos, que se someterán a dicha jurisdicción sólo si lo desean [399]. Caso contrario, podrán acudir a una sede judicial. El criterio que dejo expuesto queda reforzado con lo establecido en el artículo 72 del marco regulatorio de la electricidad, según el cual: "*Es facultativo para todos los usuarios, así como para todo tipo de terceros... someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente*". Si la propia ley establece esta jurisdicción como voluntaria, mucho más ha de serlo en caso de que el ente sea creado por decreto.

No interesa demasiado a estos efectos si la primera instancia judicial ha sido sustituida por la del ente. Recordemos que la doble instancia judicial no es un requisito constitucional de la defensa en juicio [400], salvo en materia penal [401], de

[397] Ya me he referido más arriba a que también, con ciertos límites, puede admitirse que ejercen la llamada jurisdicción primaria propia de las comisiones reguladores independientes de los Estados Unidos (véase apartado II, punto 2.4.2.)

[398] Se aplican aquí los principios elaborados por la Corte Suprema para el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos ajenos al Poder Judicial, que básicamente puede darse (a) en los tribunales administrativos o (b) en los tribunales arbitrales. Ciertamente, es de aplicación aquí la que corresponde a los primeros por el parecido que guardan con ellos los entes reguladores cuando ejercen una función jurisdiccional.

[399] Creo, por ello, que el art. 29 del decreto 375/1997 que ha creado el ORSNA, al establecer la jurisdicción previa y obligatoria respecto de toda controversia que se suscite con motivo de la administración y/o explotación de los aeropuertos, abarcando así al concesionario y los usuarios y otros terceros, es inconstitucional.

[400] Existe una larga e ininterrumpida jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual la doble instancia judicial no integra la garantía de la defensa en juicio. Entre otros puede verse "Jose A. Calderón", *Fallos:* 110-210 (1908); "Juan Polizza", 192-240 (1942); "Medina v. Talleres Metalúrgicos Schweizer SA", *Fallos:* 246-363 (1960); "Sociedad de Empleados y Obreros del Comercio de Tucumán", *Fallos:* 250-772 (1961).

[401] En materia penal, la Convención Interamericana de Derechos Humanos prevé el derecho de todo condenado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2.h).

modo que en la medida en que se haya respetado la regla de la plena revisión judicial del caso [402], no veo inconvenientes judiciales para que una vez sometido alguien (obligatoria o voluntariamente) a la jurisdicción de un ente, éste sustituya a la primera instancia judicial, especialmente si tenemos en cuenta la vigencia de la llamada doctrina de la subsanación [403].

5. El control administrativo

También existen algunas diferencias de régimen en cuanto al recurso de alzada que puede interponerse contra las decisiones de los entes reguladores en función de la naturaleza de su norma de creación.

Como principio rigen aquí las reglas generales del Reglamento de Procedimientos Administrativos (RPA) [404]. Así, los actos definitivos de los entes reguladores, sin perjuicio de que agoten la instancia administrativa, pueden ser objeto de un recurso de alzada, con las limitaciones que surgen del art. 99, RPA, para los actos de alcance jurisdiccional [405]. Estas reglas se aplican sin discusión en los entes creados por decreto, donde la norma de creación no podría impedir la posibilidad de interponer el recurso de alzada ni al concesionario o licenciatario, ni menos aún a los usuarios o terceros.

Algunas consideraciones adicionales deben formularse respecto de los entes creados por ley. Como regla general, los marcos regulatorios del gas y la electricidad permiten la interposición del recurso de alzada [406]. En el caso del ENARGAS, sin embargo, luego de establecer las funciones jurisdiccionales de este ente, la ley dice: "*Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán*

[402] Esta regla fue establecida en el considerando 19 del caso "Fernández Arias v. Poggio", *Fallos:* 247-646 (1960), y establece que hay revisión judicial suficiente cuando se pueden revisar tanto el derecho como los hechos.

[403] Esta doctrina sostiene que no hay agravio al derecho de defensa si en sede administrativa se han producido omisiones o vicios subsanables en un proceso judicial posterior. Así lo ha sostenido la Corte Suprema entre otros en "Sindicato Argentino de Músicos", *Fallos:* 253-229 (1962) y "María Guerrero de García e Hijos SRL", *Fallos:* 258-299 (1964). En la jurisprudencia de los tribunales federales puede verse CCAF, sala III, "EDENOR SA v. ENRE" (causa nro. 22.663/1994), 27/8/1996; *idem* sala V, "Transportadora de Gas del Norte SA v. Enargas", 20/11/1995 (causa 26.220/1993). Acerca de esta cuestión, puede consultarse Hutci, Héctor M., "Subsanación en Sede Judicial de Vicios en el Procedimiento Administrativo", LL 1994-D-461. En contra de la doctrina, Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 134-138; véase, asimismo, la doctrina de la Procuración del Tesoro que cita este autor en p. 138, nota 72.

[404] Decreto 1752/1972, modificado por decreto 1883/1991.

[405] En este caso, el conocimiento del superior se limita a los supuestos en los que medie manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho.

[406] ENRE, ley 24.065, art. 76; ENARGAS, ley 24.076, art. 70.

apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal". Esta norma plantea la duda acerca de si procede o no el recurso de alzada en estos casos, duda que fue despejada en sentido negativo por la reglamentación [407], según la cual: "*El recurso de alzada no será procedente cuando la controversia se haya planteado entre un prestador y otro sujeto de la Ley o de la industria u otro particular en cuyo caso procederá el recurso previsto en el artículo 66 de la ley*".

Adicionalmente, algún sector de la doctrina ha entendido, como regla general, que los actos de naturaleza jurisdiccional de los entes y las sanciones por contravenciones —en los marcos regulatorios del gas y la electricidad— no son susceptibles del recurso de alzada [408]. Más restrictiva ha sido todavía la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuya opinión "*no procede la revisión por vía de alzada de los actos administrativos dictados por los entes reguladores, en ejercicio de competencias que les han sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo 'objeto' sea 'técnico' y el recurso impugne únicamente ese 'objeto', salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad*" [409]. Jurisprudencialmente se ha distinguido entre lo que dispone el margo regulatorio eléctrico y el del gas. El primero presenta un sistema de recurribilidad único a través de su artículo 76. Por el contrario, el segundo posee una doble vía recursiva, siendo recurribles por vía de alzada solamente las de tipo regulatorio [410].

En mi opinión es preciso distinguir entre los entes creados por decreto y los creados por ley. Los primeros están sujetos a una revisión plena por parte del recurso de alzada sin que el Poder Ejecutivo pueda limitar este derecho de los administrados, sean éstos los concesionarios o licenciatarios, los usuarios u otros terceros. No interesa si se recurre contra actos de naturaleza jurisdiccional o de otra índole. La eliminación del recurso de alzada responde al propósito de dotar al ente de independencia de la Administración central, independencia de la que carecen los que están creados por decreto. Al mismo tiempo, esta eliminación supone —al menos en algunos casos de decisiones jurisdiccionales— la sustitución de los tribunales judiciales de primera instancia por el ente, cuya decisión luego será recurrida judicialmente por vía directa ante una Cámara de Apelaciones, y esto constituye un procedimiento que sólo el Congreso puede diseñar [411]. Por el contrario, cuando el ente ha sido creado por ley, como regla general, el Congreso puede —si quiere— eliminar la revisión por vía de alzada, como me-

[407] Decreto 1738/1992, reglamentación a los arts. 65/70, inc. 12.

[408] CANOSA, A. M., *Los recursos administrativos*, cit., p. 224.

[409] Dictámenes A.I. nro. 8 y nro. 20, del 1/3/1999, expte. P. T. 31/1999. La Secretaría de Energía ha seguido este criterio en el expte. ENARGAS 4971/1999, Dictamen DGAJ nro. 127.110, del 3/12/1999.

[410] CCAF, sala I, "Edesur SA v. Enre", 25/9/1997.

[411] Me remito a lo que diré más abajo (punto 6) cuando me ocupe de los alcances de la revisión judicial.

dio de dotar al ente de una mayor independencia del poder político. Pero de todos modos no será inconstitucional la ley que habilite el recurso. Discrepo así con las opiniones que entienden —como regla general— que el recurso de alzada no procede ante decisiones de tipo jurisdiccional o técnicas, máxime cuando en el caso de estas últimas la Procuración del Tesoro no distingue si se trata de entes creados por ley o por decreto, y propicia que se lo disponga como reglamentación de la Ley de Procedimientos Administrativos, cuando hay leyes que establecen el recurso de alzada.

6. Límites de la revisión judicial

Una última cuestión que divide a los entes creados por ley y a los que nacen de un decreto son los límites de la revisión judicial [412]. Bien es sabido que estos límites pueden darse en dos planos: (1) el contenido sustancial de la revisión y (2) el tribunal encargado de ella. Si bien ambas poseen una íntima conexión, puede decirse —con cierto ánimo clasificatorio— que la primera tiene que ver con la *intensidad revisora* del juez, donde se conjugan una serie de factores tales como el carácter revisor o no que posee el fuero en lo contencioso administrativo [413], la revisión de las decisiones discrecionales, etc. [414]. La segunda, por su lado, se relaciona con la jerarquía de la instancia judicial a la cual se acudirá en procura de la revisión. Es comprobable, así, que en nuestro derecho son numerosas las leyes que disponen los llamados recursos directos ante una instancia judicial, que generalmente es una Cámara de Apelaciones a la cual debe recurrirse en plazos muy breves [415]. En el caso de los entes reguladores de servicios públicos nacionales el tribunal es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, lo que genera una concentración en un solo tribunal ubicado en la Ciudad de Buenos Aires de todos los actos de estos entes, cuestión que ha suscitado una extensa crítica de Gordillo [416].

[412] Aun cuando se trate de una cuestión meramente procedimental, vale la pena recordar que el plazo para contestar el recurso directo por parte de los entes se ha fijado en quince días (CCAF, sala II, "Trasnoa v. Enre", 9/2/1999; causa 16.700/1998). Se ha dicho también que el plazo de 30 días para la interposición del recurso es de caducidad, no siendo admisible su mera interposición con fundamentación producida luego de vencido ese término (CCAF, sala II, "EDESUR SA v. ENRE", 11/2/1999; causa 14.648/1998).

[413] Un buen análisis de esta problemática puede hallarse en TAWIL, E. S., *Administración...*, t. I, cit., ps. 154 y ss.

[414] Acerca de las diferentes modalidades de revisión judicial, véase MAIRAL, H., *Control judicial...*, t. II, cit., p. 663 y ss.

[415] Una recopilación de estas leyes —aunque con más de diez años de antigüedad— puede verse en DANIELIAN, Miguel, *Recursos judiciales y procedimientos administrativos*, M.G., Buenos Aires 1988.

[416] GORDILLO, A., *Tratado...*, t. I, cit., Cap. XV, parágs. 11, 12 y 13.

No es del caso entrar aquí en el análisis de estas limitaciones cuyo tratamiento excedería notablemente los límites y propósitos de este trabajo, pero sí puedo —y debo— decir que el único órgano constitucional encargado de establecer estas limitaciones es el Congreso, el cual para ello está investido de extensos poderes reconocidos por la Corte Suprema [417]. La norma que le atribuye estas facultades es, sin ir más lejos, el artículo 117 de la Constitución, según el cual "*en estos casos* (los que menciona el artículo 116) *la Corte Suprema ejercerá su competencia por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso*".

Además de la norma citada, la Constitución establece en el art. 75.20 la facultad del Congreso de "*establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema*", y dice luego en el art. 108: "*El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación*". Es claro, entonces, que ha investido al órgano legislativo de poderes exclusivos respecto de la rama judicial del gobierno, permitiéndole determinar cuantos tribunales habrá, cuáles serán los fueros en que se dividan, cuáles serán las reglas de procedimiento a las que deberá sujetar su funcionamiento, etc. De tal manera, por expresa decisión de los constituyentes, la vida del Poder Judicial ha quedado en buena medida en manos de la voluntad del Congreso. Como se ha señalado en los Estados Unidos, el poder de los tribunales federales inferiores deriva íntegramente del Congreso [418]; es éste el encargado de definir y distribuir su jurisdicción [419] y ningún otro poder puede asumir esta función [420]. Asimismo, se ha dicho que las previsiones del art. III [421] no invisten de jurisdicción a los tribunales federales inferiores, sino que más bien delimitan los tipos de casos en los que el Congreso puede conferir jurisdicción a los tribunales que él decide crear, pues la Constitución simplemente da a los tribunales inferiores la capacidad de tener jurisdicción en los casos enumerados, pero requiere de una ley del Congreso que la confiera [422]. De tal manera, la jurisdicción de los tribunales federales inferiores está limitada tanto por la Constitución como por las leyes de su creación [423]. Su creación proviene de un acto de soberanía que sólo puede ser ejercido por el poder constituyente o por el Congreso [424], quienes dispondrán que

[417] Véase Bianchi, Alberto B., "Los poderes del Congreso para crear y reglamentar la jurisdicción de los tribunales federales", LL 1992-B-863.

[418] "Cary v. Curtis", 44 U.S. 236 (1845); "Kline v. Burke Construction Co.", 260 U.S. 226 (1922).

[419] "Yakus v. United States", 321 U.S. 414 (1944).

[420] "Rhode Island v. Massachusetts", 37 U.S.(12 Peters) 657 (1838).

[421] Es decir, el equivalente de nuestros arts. 116 y 117.

[422] "Kline v. Burke Construction Co.", 260 U.S. 226 (1922).

[423] "Owen Equipment & Erection Co. v. Kroger", 437 U.S. 365 (1978).

[424] "Ableman v. Booth", 21 Howard (62 U.S.) 506 (1858).

pueden asumir tanto una forma originaria como apelada, según fue expresado en un antiguo fallo [425], luego reiterado en otras oportunidades [426].

Por aplicación elemental de estos principios, solamente los entes creados por ley pueden ver limitada de alguna forma en particular la revisión judicial de sus decisiones. Por el contrario, los que hayan sido creados por decreto deberán ajustarse a las reglas o principios generales, sin poder imponer excepciones que sólo corresponden al Congreso. En tal sentido, el Poder Ejecutivo no podría establecer que las decisiones de un ente creado por él sean directamente apelables ante una Cámara de Apelaciones, en la medida en que la eliminación de una instancia judicial legalmente prevista tornaría inconstitucional al decreto que la disponga. Tampoco podría imponer una instancia judicial meramente revisora de lo decidido en sede administrativa. Ello en todo caso es una opción del Congreso [427].

IV. Conclusiones

A lo largo de este estudio he intentado desarrollar dos ideas. La primera de ellas ha sido la búsqueda de la noción de ente regulador, que aparece sumamente difusa. La segunda ha tenido como mira encontrar, dentro de la diversidad de entes existentes, las líneas generales que marca la coherencia jurídica interna de cada uno de ellos.

En cuanto a la primera, he llegado a la conclusión de que todo ente estatal que tenga como misión controlar una actividad sobre la que el Estado ha puesto algún grado de interés, debe ser considerado un ente regulador. En otras palabras, nuestro derecho no posee —al menos por ahora— una legislación unificada en esta materia de la cual provenga una exigencia determinada para la configuración específica de los entes reguladores. Dicho de otro modo, no existe una ley o norma de algún tipo que diga bajo qué condiciones ha de considerarse que existe un ente regulador. Tampoco estoy muy seguro de que esta ley sea realmente necesaria, ni estoy propiciando su sanción [428]. Me limito a constatar la

[425] "Martin v. Hunter's Lessee", 14 U.S. 304 (1816).

[426] "Kansas v. Colorado", 206 U.S. 46 (1907).

[427] No quiero entrar aquí en la compleja discusión de si la instancia judicial que controla lo actuado en sede administrativa es meramente revisora de ésta o si tiene facultades más amplias. Ello requiere de un análisis mucho más profundo que el que podría caber en esta nota. Pero lo indudable es que, si alguna limitación puede establecerse a la revisión judicial, ésta necesariamente debe provenir de la legislación emanada del Congreso.

[428] Además de Fanelli Evans, G., "La reforma...", cit., también Gordillo propicia la sanción de una ley general (*Tratado...*, t. 1, cit., Cap. XV, p. 2). En igual sentido otros autores, v. gr., Cabezas Cescato, Paola, "Propuestas sobre la independencia de los entes reguladores", LL 1998-D-1325.

realidad tal cual es. Aun así, es comprobable que hay ciertos *entes prototípicos*. Ellos son los que han sido creados por ley, y en particular los que están dirigidos a controlar a los prestadores de un servicio público. Estos entes constituyen el núcleo de esta noción, que luego se va expandiendo hacia lugares más difusos.

La segunda idea constituye una derivación necesaria y elemental de la primera. Al haber muchos entes reguladores, existen muchos regímenes jurídicos diferentes. La posibilidad de que éstos existan no los exime, sin embargo —y esto sí es una exigencia implícita de la racionalidad de un sistema—, de que sean coherentes en su régimen interno. Esto es, puede haber entes creados por ley o por decreto, pero no debemos confundir unos con otros, ni permitir hacer a los segundos lo que sólo corresponde a los primeros.

De allí que la síntesis de mi propuesta es formulable en seis conceptos:

i) los entes reguladores no conforman una categoría uniforme, aun cuando hay entes que deben ser considerados prototípicos;
ii) la diversidad de conformación jurídica de los entes supone la existencia de diferentes sistemas con reglas individuales propias;
iii) la ausencia de una categoría uniforme impide aplicar en forma automáticamente analógica las reglas de uno a los otros;
iv) no es preciso ni exigible encontrar la uniformidad en el régimen jurídico de los entes reguladores;
v) es preciso, en cambio, que cada uno sea coherente en sí mismo;
vi) esta coherencia se logra mediante la coordinación de:
    a) la naturaleza de su norma de creación;
    b) los alcances de sus facultades, en particular de las jurisdiccionales;
    c) el control administrativo sobre el ente, y
    d) los límites de la revisión judicial.

CAPÍTULO V

REGÍMENES DE CONTRATACIONES GUBERNAMENTALES EN ESPACIOS ECONÓMICOS INTEGRADOS

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

(Reflexiones sobre las nuevas directivas comunitarias de 3 de febrero de 2004)*

por FRANCK MODERNE**

INTRODUCCIÓN

Debemos hacer una observación previa, de carácter formal: en el derecho público europeo (y más concretamente en el derecho administrativo francés o en los países europeos que han adoptado el modelo administrativo francés), no se utiliza mucho la expresión "contratación estatal". Se habla preferentemente de "contratación administrativa" o de "contratación pública" o de "contratos administrativos", refiriéndose así al conjunto de las personas públicas (y, en ciertos casos, a las personas privadas encargadas de la gestión de un servicio público) que disponen de la libertad contractual.

Se debe observar también que todos los Estados miembros de la Unión Europea (hoy quince, mañana veinticinco) no han utilizado, en sus derechos nacionales, la figura del contrato administrativo. Esta figura era precisamente desconocida en los países del *common law* (Gran Bretaña, Irlanda) y en los países escandinavos, y poco estudiada en otros países de la gran familia romano-germánica (Alemania Federal, Países Bajos, Bélgica, por ejemplo).

Sin embargo, el derecho comunitario se refiere abiertamente al sistema francés de contratación pública, a través de sus directivas sobre los contratos públi-

* Las directivas adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo el 3 de febrero de 2004 están pendientes de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

** Catedrático emérito de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne).

cos —y se sabe bien que el derecho comunitario prevalece, por su naturaleza misma, sobre los derechos nacionales en la medida en que se trata de asuntos comunitarios.

La definición de la contratación pública, al nivel europeo, no se diferencia mucho de la definición inicial, de raíz francesa. Por "contratos públicos" el derecho comunitario pretende abarcar las relaciones contractuales que se producen normalmente entre las administraciones públicas, entendidas en un sentido muy amplio, como titulares de una fracción del poder público (los llamados "poderes adjudicadores"), independientemente de la naturaleza (pública o, eventualmente, privada) de los entes contratantes [1] y los empresarios o proveedores, con el objeto de realizar prestaciones tales como obras públicas, suministros o servicios muy diversos.

Es evidente que las instancias comunitarias no podían dejar de lado el problema capital de los contratos públicos, celebrados por las múltiples entidades globalmente denominadas "poderes adjudicadores", es decir, cualquier estructura u organización realmente pública (no se debe olvidar que el elemento finalista o teleológico está siempre presente en las directivas comunitarias, para evitar que, mediante subterfugios formales, se eluda el cumplimiento estricto del derecho comunitario y su aplicación directa y uniforme en todo el espacio europeo).

No se discute la importancia económica de los contratos públicos en orden a la consecución del mercado común (en una primera fase) o del espacio económico único (en una segunda fase): es realmente una importancia capital.

El sistema comunitario de contratación pública se observa como un instrumento clave de cara a la satisfacción efectiva de los objetivos consagrados en los tratados fundadores de la Comunidad Europea, ulteriormente Comunidad Económica Europea, bajo el control de una jurisdicción especializada de carácter supranacional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (más adelante TJCE), o Tribunal de Luxemburgo, cuya misión esencial es la de verificar la aplicación correcta del derecho comunitario inicial o derivado, en particular

[1] No entraremos en la controversia (por cierto interesante) sobre la identificación de la figura del contrato administrativo en la Europa de hoy —y tampoco en la polémica doctrinal sobre la misma figura en el derecho argentino—. Sabemos que ciertos juristas argentinos (por ejemplo, H. Mairal) rechazan el concepto de "contrato administrativo", abusivamente marcado, en su opinión, por la ideología del servicio público y basado en la defensa a ultranza de las prerrogativas de la Administración. Otros autores, sin embargo, mantienen la posición contraria, que se corresponde de todas maneras al derecho positivo argentino, en la medida en que el contrato administrativo representa una mejor alternativa para la defensa de los derechos de los contratistas (particulares o empresas privadas), al referirse a normas generales conocidas, que permiten resolver con claridad los problemas que pueden plantearse entre las partes contratantes, evitando así un sistema de resolución casuística y de base incierta como lo implica la utilización del derecho privado.

mediante las directivas comunitarias, instrumento habitual en materia de contratación pública [2].

Hasta la fecha de hoy, se han dictado varias directivas sobre los contratos públicos. De modo que es conveniente analizar la situación creada por esos textos en el espacio económico europeo, antes de presentar las principales innovaciones que resultan de las directivas adoptadas el 3 de febrero de 2004, de publicación próxima.

Así se podrá verificar que la temática central de la contratación pública europea, concretamente una apertura amplia y leal a la concurrencia de los licitadores, se halla actualizada, flexibilizada y simplificada por las últimas directivas.

I. La temática central del derecho comunitario de los contratos públicos. La apertura a la concurrencia

La nueva *ratio*, la nueva razón de ser de los contratos públicos celebrados en los Estados miembros de la Unión Europea en el marco de los tratados comunitarios, está basada en la idea de adjudicación de estos contratos a partir de criterios objetivos, respetando el principio de igualdad posicional objetiva de los agentes económicos (u operadores económicos) en el espacio integrado.

La apertura del mercado de la contratación pública tenía, entre otras, las ventajas siguientes:

— Los proveedores y empresarios susceptibles de ofrecer prestaciones a las administraciones públicas nacionales tienen mayores oportunidades para desarrollar sus actividades económicas en todo el espacio económico europeo (aproximadamente 400 millones de habitantes) —lo que hace posible una reducción de sus costos.
— Los poderes adjudicadores y los usuarios tienen mayores posibilidades de elección tanto de bienes como de servicios.
— Las estructuras comerciales e industriales de la Unión Europea se benefician necesariamente del aumento de la eficacia por el "efecto competencia", en la medida en que esta competencia es libre y leal.
— La ruptura del proteccionismo nacional en el sector de los contratos públicos, que ocupan una posición estratégica de primer orden para potenciar las políticas públicas comunitarias de carácter industrial o tecnoló-

[2] Recordemos que, en el derecho comunitario, la directiva establece los objetivos comunitarios, dejando a los Estados miembros una cierta margen de libertad para determinar los medios jurídicos adecuados para alcanzar dichos objetivos, mientras que los reglamentos comunitarios son de aplicación directa e inmediata en sus contenidos materiales.

gico, tiene necesariamente un componente antiinflacionista y conlleva un aumento espectacular de potenciales clientes y consumidores, favoreciendo así las economías de escala.

A partir de estas consideraciones muy generales e indiscutibles, se emprendió en la Comunidad Europea una acción de gran calado para crear un marco normativo adecuado de la contratación pública y definir sus principios básicos [3].

1. El marco normativo de la contratación pública comunitaria

Dos categorías de directivas comunitarias han sido adoptadas para regir la contratación pública en todas sus dimensiones significativas en el territorio de la Unión Europea:

— Las directivas de sectores generales o clásicos (suministros, obras, servicios).
— Las directivas de sectores especiales o "excluidos" (agua, energía, transportes, telecomunicaciones).

Cada categoría de directivas (tanto las de sectores generales como las de sectores especiales) viene acompañada por su vertiente procesal, igualmente bajo forma de directiva.

De modo que estamos en presencia de una arquitectura similar en los campos abiertos a la normativa comunitaria (contratos que alcanzan o superan los umbrales comunitarios, dado que todos los contratos públicos no afectan de la misma manera los intercambios comunitarios).

1°) Las directivas de sectores generales (en su versión consolidada) se aplican en los tres sectores clásicos de prestaciones: suministros, obras y servicios.

a) Los contratos de suministros se rigen actualmente por la directiva nro. 93-36 del 14/6/1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos de suministros [4].

[3] Las mismas preocupaciones se encuentran en la normativa internacional sobre contratación pública (ver principalmente el Acuerdo sobre contratación pública de 15/4/1994, Acuerdo de Marrakech), firmado bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estas preocupaciones han sido tomadas en consideración en nuevas directivas adoptadas en 1997 (directiva nro. 97-52 del 13/10/1997 [DOCE nro. 328 del 28/11/1997]) y 1998 (directiva nro. 98-4 del 16/2/1998, DOCE de 1° de abril de 1998).

[4] DOCE, L, del 9/8/1993, p. 1.

La directiva entiende por contratos públicos de suministros, en el ámbito comunitario, los contratos celebrados por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero y la venta a plazos de productos entre un proveedor y un poder adjudicatorio.

En sus arts. 2 y ss., la directiva vigente precisa que algunos tipos de contratos quedarán excluidos de su campo de actuación: los declarados secretos, los adjudicados en virtud de un acuerdo internacional, los celebrados en los llamados "sectores especiales", etcétera.

En el caso de que puedan surgir algunas dudas acerca de la naturaleza del contrato público que se pretende adjudicar, la idea es considerar el objeto esencial del contrato y analizar si su finalidad es poner a disposición del poder adjudicador bienes muebles o bien entregar al mismo poder adjudicador el resultado de trabajos de construcción, ingeniería civil, etcétera.

b) Una regulación similar rige los contratos de obras. Tal es el objeto de la directiva nro. 93-37 del 14/6/1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras [5].

Además del contrato de obras propiamente dicho, se incluyen también el ámbito de la directiva las concesiones de obras públicas y otros tipos de contratos cuyo resultado final es la construcción de un bien inmueble y su entrega al poder adjudicador.

c) Los contratos públicos de servicios constituyen el objeto de otra directiva, la directiva nro. 92-50 del 18/6/1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [6].

Sin embargo, la directiva establece una diferencia entre los servicios enumerados en el Anexo I-A y los servicios señalados en el Anexo I-B.

Para los contratos de servicios que figuran en el Anexo I-A se aplican todas las regulaciones previstas en la directiva (publicidad adecuada, adjudicación conforme a la regla de oferta económicamente más ventajosa o conforme a la regla del precio más bajo, tramitación de un proceso determinado [proceso abierto, proceso restringido, proceso negociado, etc.]).

Para los contratos enumerados en el Anexo I-B, se aplican sólo las reglas relativas a las especificaciones técnicas —para evitar sus efectos discriminatorios— y sobre la necesaria publicidad de las adjudicaciones [7].

A estas directivas conviene agregar la directiva de carácter procesal del 21/12/1989 para la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas referentes a los recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros.

[5] DOCE, L, del 9/8/1993, p. 54.

[6] DOCE, L, del 24/7/1992, p. 1.

[7] Se trata esencialmente de los servicios de hostelería y restaurante, de los servicios jurídicos, de los servicios de investigación, de educación y formación profesional, de los servicios sociales, de salud, culturales, deportivos, etcétera.

2°) Las directivas de sectores especiales (o "excluidos") rigen los contratos de suministros, obras y servicios celebrados en algunos sectores determinados: agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

Una reglamentación particular ha sido considerada como necesaria en estos sectores que tienen un carácter similar (lo que permite su regulación conjunta).

Se ha tomado en consideración el hecho de que no se pueden utilizar fácilmente en estos sectores las técnicas de adjudicación habituales; no es fácil lograr que las entidades adjudicadoras respeten los principios clásicos de publicidad, concurrencia, objetividad y transparencia, ya que estas entidades (tanto públicas como privadas) gozan de derechos exclusivos o especiales concedidos por las autoridades públicas, en un mercado cerrado.

La directiva de sectores especiales introduce nuevas reglas basadas en los principios de libre competencia, libre prestación de servicios, no discriminación, etcétera.

Se admite así una mayor flexibilidad y se asegura un nivel mínimo de transparencia.

La variante procesal de esta directiva se encuentra en otra directiva nro. 92-13 del 25/2/1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades (públicas o privadas) que operen en los sectores de agua, de energía, de transportes y de telecomunicaciones.

2. Los principios básicos de la contratación pública comunitaria

Para resumir, en lo posible, los principios esenciales en los que se basa la regulación de los contratos públicos —incluidos los contratos de los sectores especiales—, se debe recordar que estos principios están directamente vinculados a las grandes libertades comunitarias definidas en los tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE).

Por eso, informan la normativa comunitaria, constituyen el instrumento oficial de interpretación de ésta, actúan como factor de integración ante las eventuales lagunas de los ordenamientos jurídicos y atribuyen el fundamental papel a la Comisión Europea, guardiana de los tratados fundadores, y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Para conseguir el objetivo de apertura a la concurrencia, el derecho comunitario ha desarrollado dos principios esenciales: una concepción funcional del poder adjudicador, y la aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos públicos.

1°) Una concepción funcional de los poderes adjudicadores.

El vocabulario comunitario en materia de contratación pública descarta el concepto de "administraciones públicas" y utiliza la expresión más amplia de "poder adjudicador".

Junto al Estado y a los entes públicos territoriales, las directivas comunitarias de sectores generales consideran también "poder adjudicador", sometido a los principios básicos de la contratación pública, a todos los llamados "organismos públicos" y a las asociaciones constituidas por estos entes u organismos.

Es el criterio funcional el más eficaz para descubrir los eventuales subterfugios, resultando de la creación artificial de entes formalmente privados y controlados por los poderes públicos, con el único objetivo de someter sus contratos al derecho privado y evitar así la reglamentación comunitaria relativa a los contratos públicos (TJCE, 16/6/1987, 12/10/1989, 24/4/1999, 15/1/1998 —asunto "Mannesmann"—, 10/11/1998 —asunto "Br. Holding"—, 3/10/2000 —asunto "University of Cambridge"—, 1/2/2001 —asunto "Comisión v. Francia"—, 27/2/2003 —asunto "Adolf Truley"—, etc.).

Las directivas comunitarias se aplicarán así a los contratos celebrados por organismos creados para satisfacer una necesidad de interés general, que no tengan carácter industrial o comercial (en este último caso, la aplicación del derecho común de la competencia sería suficiente para garantizar la aplicación correcta de los principios básicos de los Tratados).

Para quedar sujetos a las directivas sobre la contratación pública, los entes u organismos así creados deben estar dotados de personalidad jurídica y vinculados claramente a un poder público (Estado, ente territorial u otro organismo público).

Concretamente, el "poder adjudicador" puede presentarse como vinculado a un poder público de varias maneras posibles.

— El organismo tiene una actividad mayoritariamente financiada por el Estado, un ente público territorial u otro organismo de derecho público;
— la gestión del organismo se halla sometida a un control del Estado, de un ente territorial o de otro organismo de derecho público;
— el órgano de administración, de gestión, de dirección o de vigilancia del organismo en cuestión está compuesto por miembros de los cuales más de la mitad son nombrados por el Estado, un ente territorial u otro organismo de derecho público.

En los anexos de las directivas —o en las leyes de transposición de las directivas comunitarias— aparecen listas más o menos completas de "poderes adjudicadores" (TJCE, 20/9/1988, asunto "Bentjee").

Esta definición funcional está concebida para evitar que, como consecuencia de posibles calificaciones puramente formales de las entidades llamadas a participar en el poder público y a aplicar consecuentemente las directivas sobre los contratos públicos, se eluda el cumplimiento de la legalidad comunitaria.

Dos casos recientes han sido decididos por las sentencias del TJCE del 15/5/2003 (asunto "Comisión v. España") [8] y del 16/10/2003, "Comisión v. España" [9].

En la primera de estas sentencias se trataba de un juicio abstracto sobre la transposición por el sistema normativo español de las directivas comunitarias sobre contratación pública. En la segunda se enjuiciaba un caso concreto a propósito de la actuación de una pretendida sociedad mercantil del Ministerio de Interior, encargada de inequívocas funciones públicas (la construcción de centros penitenciarios del Estado).

En ambos casos ha sido condenada la huida del derecho comunitario de los contratos públicos, mediante la personificación de derecho privado de entes claramente administrativos y de carácter instrumental, lo que pretende conseguirse con el expediente de que la Administración Pública dote a una organización de naturaleza pública del carácter formal de una sociedad o de una fundación, con la cual las administraciones podrían actuar con una libertad absoluta en materia contractual y eludir así tanto la normativa interna de los contratos administrativos como la comunitaria sobre la contratación pública.

2°) La aplicación de criterios objetivos de participación y adjudicación de los contratos.

Para garantizar y asegurar con efectividad la concurrencia en el sector de los contratos públicos, el derecho comunitario ha impuesto ciertas reglas de estricto cumplimiento por los poderes adjudicadores nacionales.

a) En el marco de la apertura a la concurrencia, resultan contrarios a las grandes libertades comunitarias las prescripciones y especificaciones técnicas que poseen un efecto discriminatorio.

Se sabe bien que para conseguir una efectiva liberalización en la contratación pública, hay que luchar decididamente contra la excesiva proliferación de las prescripciones técnicas nacionales e instituir una normativa comunitaria técnica mínima en materia de normalización y estandarización.

Eso justifica la aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos públicos que garanticen y aseguren con efectividad la

[8] *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2003, nro. 119, p. 471, nota E. García Enterría.

[9] *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2003, nro. 120, p. 667, nota E. García de Enterría.

concurrencia. La aplicación concreta de la normativa comunitaria se debe realizar con criterios de neutralidad e igualdad que garanticen la no discriminación, no sólo en función de la nacionalidad, sino en las facultades concretas de negociación. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha extendido la aplicación de este principio básico a los supuestos de la llamada "discriminación disimulada" (se trata de los casos en que no se evidencia la aplicación discriminatoria en las reglas, pero sí en la ejecución concreta o singular de las mismas sentencias del 10/3/1987, del 26/4/1988, del 5/12/1989, etcétera).

La regulación de la contratación pública conlleva la exigencia del acceso de todos los posibles licitadores en condiciones reales de igualdad. Este acceso debe estar plenamente garantizado, eliminando para ello las restrictivas prácticas de protección abierta o encubierta a las empresas nacionales. Lo que significa la proscripción de cualesquiera disposiciones nacionales excluyentes o abusivamente restrictivas en las diferentes etapas del proceso de adjudicación de un contrato público:

— Las cláusulas o condiciones que impiden la participación de empresas determinadas (reglas de exclusión).
— Las reglas discriminatorias para admitir a concurso a los solicitantes (reglas de selección).

En el reconocimiento de la capacidad a los contratistas eventuales (solvencia técnica, económica o profesional), prevalecen sistemáticamente las normas comunitarias, no pudiendo exigirse requisitos o medios de acreditación distintos de los autorizados por la normativa comunitaria.

Para desarrollar esta importantísima regla, los procedimientos ordinarios de adjudicación se clasifican desde entonces como:

— Abiertos (en los que todo empresario o proveedor interesado puede presentar una proposición).
— Restringidos (únicamente pueden presentar una propuesta los empresarios seleccionados por el poder adjudicador, sobre la base de criterios objetivos y controlados).
— Negociados, que tienen carácter ordinario y consisten en la adjudicación al empresario libremente (pero justificadamente) elegido por el poder adjudicador, previa negociación de las condiciones y precio del contrato.

b) La garantía de transparencia en los procedimientos de adjudicación tiene por objeto evitar el "secretismo" en la contratación, que podría encubrir un trato de favor a las empresas nacionales de los Estados miembros o, más sencillamente, disimular fenómenos de corrupción.

Este principio se desarrolla en la normativa comunitaria a través de una adecuada publicidad en el Boletín Oficial de la Unión Europea (ex Diario Oficial de las Comunidades Europeas) de las distintas ofertas de contratos públicos.

La publicidad no se limita exclusivamente al anuncio de la operación contractual, sino que se extiende al conjunto de las operaciones de adjudicación:

— Procedimiento de información previa: los poderes adjudicadores tienen que publicar anualmente la lista de sus previsiones de ofertas de contratos (obras, suministros, servicios, prestaciones de la misma naturaleza en los sectores especiales: agua, energía, transportes, telecomunicaciones).
— Publicación en el DOUE (ex DOCE) de los anuncios de licitaciones de obra y suministro que superen los umbrales de aplicación de las directivas comunitarias.
— Publicación de las decisiones finales de adjudicación de los contratos.

La omisión de publicación en el DOUE (ex DOCE) supone el incumplimiento de este deber de transparencia y, por tanto, del derecho comunitario (TJCE, 17/11/1993).

Las únicas excepciones aceptables serían las contenidas taxativamente en la normativa reguladora de la contratación pública y deberán ser siempre interpretadas restrictivamente.

Las grandes líneas del sistema han sido mantenidas en las nuevas directivas del 3/2/2004. Sin embargo, el nuevo texto contiene interesantes innovaciones.

II. Las principales innovaciones de las directivas comunitarias de 2004

A partir de la temática central del derecho comunitario de la contratación pública (la apertura a una concurrencia directa, abierta y leal de los contratos de obras, de suministros y de servicios), la Comisión Europea y el Parlamento Europeo han emprendido una labor de reforma del marco normativo de la contratación pública.

Las nuevas directivas comunitarias han sido adoptadas en febrero de 2004 tras un largo proceso de reflexión tanto a nivel comunitario como a nivel de los Estados miembros.

Los motivos para la reforma son conocidos. La inaplicación práctica de la normativa vigente por varios Estados explica las frecuentes condenas pronunciadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Entre las corruptelas jurídicas determinantes de esa situación se encuentran la utilización

de criterios de selección de los contratistas que favorecen ilícitamente a ciertos licitadores, la incorrecta utilización de los procedimientos de adjudicación de los contratos (el abuso del concurso, por ejemplo), la utilización injustificada de los procedimientos de urgencia o de las excepciones en los procedimientos ordinarios de contratación, los errores en la transposición al derecho interno de las directivas comunitarias y, globalmente, las reticencias de los Estados miembros frente a una apertura total de la contratación pública a la concurrencia europea.

Un comunicado de la Comisión Europea del 11/3/1998 [10], que tomaba en cuenta las observaciones del Libro verde sobre la contratación pública del 27/11/1996 [11], había insistido en los motivos que hacen necesaria una nueva regulación. Sería indispensable simplificar los procedimientos de contratación pública existentes y refundir para eso en una sola directiva las tres directivas clásicas de contratación de suministros, obras y servicios. Sería igualmente indispensable suprimir ciertas incoherencias que se descubren en las directivas y armonizar sus contenidos materiales. Sería conveniente actualizar estos contenidos por lo que se refiere a un necesario ajuste a las nuevas tecnologías [12].

La tramitación del proyecto de reforma tuvo como punto de partida una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de los Ministros de 30/1/2001. La discusión de las modificaciones al sistema vigente de contratación pública culminó tres años más tarde, en febrero de 2004, con la adopción de dos nuevas directivas: una directiva general, que pretende sustituir las tres directivas actuales sobre contratos de obras, suministros y servicios, y una directiva sectorial, para los contratos públicos celebrados en el sector del agua, de la energía y de los servicios de correos [13].

Las grandes líneas de la reforma pueden resumirse así: simplificación, flexibilización, actualización.

[10] "La contratración pública en la Unión Europea", Com. 98, 143 final.

[11] "La contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro", Com. 96, 143, final.

[12] Ver las observaciones acertadas de BERMEJO VERA, J., "Objetivos, principios y perspectiva de la política comunitaria de contratos públicos", *Revista Galega de Administración Pública*, nro. 29, 2001, ps. 141 y ss.; y de GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S., *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, ps. 149 y ss.; ver también RIVERO ORTEGA, R., "¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2003, nro. 120, ps. 567 y ss.

[13] Se puede notar que, en el sector de las telecomunicaciones, anteriormente incluido en los sectores "especiales", sometidos a una directiva *ad hoc*, la nueva directiva de 2004 considera que el proceso de liberalización ya ha terminado y que los operadores económicos actúan desde entonces en un contexto global de derecho privado, como los otros operadores del mercado. La contratación pública no se justifica más en este sector.

1. Simplificación

La simplificación de la contratación pública comunitaria se manifiesta de diferentes maneras, además de la reducción del número de directivas aplicables en la materia.

1°) En primer lugar, la determinación de los umbrales comunitarios (es decir, de los umbrales que determinan la aplicación de las reglas comunitarias) ha sido reordenada. Se han elegido nuevos umbrales, uniformizados por categorías:

— 162.000 E: contratos públicos de suministros y de servicios celebrados por las autoridades centrales y sometidos a la nueva directiva "general";
— 249.000 E: contratos del mismo tipo, celebrados por los otros poderes adjudicadores;
— 499.000 E: contratos de suministros y de servicios sometidos a la directiva "sectorial";
— 6.242.000 E: todos los contratos de obras tanto en el marco de la directiva general como en el de la directiva sectorial.

2°) En segundo lugar, la simplificación se traduce en la posibilidad de celebrar acuerdos-marco.

Esta posibilidad está presentada como una solución en caso de compras repetitivas, evitando que tenga que repetirse el procedimiento de adjudicación para cada compra.

Se prevé de esta forma que los compradores públicos se beneficiarán con la evolución de los productos y de los precios.

El acuerdo-marco debe ser adjudicado con arreglo a la directiva general, siguiendo por eso las reglas habituales de publicación del anuncio, de aplicación de criterios de selección cualitativa y de adjudicación del contrato conforme a criterios objetivos y previamente conocidos.

2. Flexibilización

La flexibilización de la contratación pública se manifiesta a través de diferentes reglas y en diversos niveles del proceso de contratación.

1°) Al nivel de las especificaciones técnicas.

Una especificación técnica es una especificación que figura en un documento contractual (por ejemplo, un pliego de condiciones) en el que se definen las ca-

racterísticas exigidas de un producto o de un servicio (los niveles de calidad, de rendimiento medioambiental, de seguridad, etc.) o las características requeridas de un material, de una técnica de construcción, etcétera.

En el actual modelo comunitario, las disposiciones aplicables en materia de especificaciones técnicas insisten en la armonización de dichas especificaciones a escala europea o internacional, de manera que una producción nacional no se vea favorecida abusivamente y que el proceso de adjudicación sea lo más transparente posible.

La nueva directiva de febrero de 2004 pretende flexibilizar un sistema en el cual, de facto, la referencia a las especificaciones técnicas ha sido considerada como obligatoria y restrictiva de la elección del contratista.

La directiva general abre la posible referencia a otras soluciones distintas de la solución aportada por la norma técnica, en especial cuando estas soluciones puedan ser más acordes con las nuevas tecnologías o con la evolución de la técnica.

Debe ser posible establecer las especificaciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales, y deben aceptarse otras soluciones equivalentes. La referencia a una especificación técnica que presente un origen determinado será por lo tanto excepcional: no serán rechazadas las propuestas y las ofertas en la medida en que el licitador puede probar que la solución que propone cumple los requisitos definidos, de forma equivalente.

2°) Al nivel del procedimiento de negociación.

La nueva directiva general admite que, en el caso de adjudicaciones complejas, los procedimientos actuales no son suficientes para determinar la mejor oferta. El poder adjudicador no se encuentra objetivamente en situación de determinar claramente los medios técnicos, jurídicos o financieros que mejor podrían satisfacer sus necesidades.

Para introducir una mayor flexibilidad, las nuevas directivas (general y sectorial) proponen de regular un "diálogo competitivo" con los licitadores.

En este procedimiento, todos los operadores pueden solicitar su participación en la operación contractual. Sin embargo, sólo los candidatos admitidos podrán tomar parte en un "diálogo competitivo" dirigido por el poder adjudicador, diálogo que tiene por objeto definir detalladamente una o varias soluciones y precisar así las disposiciones del pliego de condiciones. En una etapa ulterior, los candidatos elegidos serán admitidos a presentar una oferta final, y la selección podrá hacerse en esta base, conforme a los criterios habituales de adjudicación del contrato.

El diálogo competitivo se enmarca dentro del proceso negociado: debe respetar los principios de igualdad y confidencialidad (lo que podría plantear algunas dificultades).

3°) Al nivel de la selección de los candidatos.

En las actuales disposiciones sobre criterios de adjudicación se prevé que dichos criterios deben enumerarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, en orden decreciente, según la importancia que les atribuya el poder adjudicador.

Sin embargo, se sabe bien que el orden de importancia decreciente es una noción poco precisa y que, de cualquier modo, el poder adjudicador conserva una cierta libertad para dar a tal o cual criterio, en el momento de la evaluación, un valor relativo.

Esta falta de transparencia permite dar un trato privilegiado a un candidato determinado, incluso después de la apertura de las ofertas. No es conocido el valor relativo, en porcentaje, de un criterio oficialmente retenido.

La directiva de febrero de 2004 prevé la obligación de mencionar ya en el anuncio de la licitación, o en el pliego de condiciones, la ponderación relativa de los criterios de selección.

La ponderación puede hacerse de diferentes formas: en porcentaje u otro modo (correctamente indicado) de valoración de los criterios elegidos por el poder adjudicador.

3. Actualización

La actualización del proceso contractual, tal como está regido por las nuevas directivas comunitarias, puede ser presentada en primer lugar como una actualización tecnológica y, en segundo lugar, como una actualización de los criterios de selección de los candidatos.

1°) La actualización tecnológica.

En las directivas de febrero de 2004 están contenidas reglas importantes relativas a los medios tecnológicos de información y de comunicación entre el poder adjudicador y los candidatos a una operación contractual determinada.

El incremento espectacular de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones ofrece oportunidades prometedoras en lo que respecta a la eficacia, la transparencia y la apertura a la concurrencia de los contratos públicos.

La publicación de los anuncios puede hacerse por medios electrónicos, en un plazo mínimo de 5 días, a partir del envío (por otros medios, el plazo es de 12 días).

El empleo de dichos medios electrónicos permite también regular las solicitudes de participación y la recepción de las ofertas, o transmitir a los interesados las informaciones útiles. Por ejemplo, la invitación propia de los procedimien-

tos restringidos o negociados debe indicar claramente cómo acceder al pliego de condiciones y a la documentación complementaria, puestas directamente a disposición de los candidatos por medios electrónicos.

De cualquier manera, las comunicaciones y los intercambios de información deben realizarse garantizando la protección de la integridad y la confidencialidad de toda información transmitida al poder adjudicador.

El medio electrónico tiene la ventaja de la reducción de los plazos de recepción de las solicitudes de participación o de las ofertas. Por ejemplo, el plazo de recepción de las ofertas en los procedimientos abiertos es normalmente de 52 días, a partir del envío del anuncio de licitación; este plazo puede reducirse a 7 días. El plazo de recepción de las solicitudes, en los procedimientos restringidos o negociados, es habitualmente de 40 días (a partir del envío del anuncio de licitación): se reducirá eventualmente a 7 días con los medios electrónicos.

Nuevas reducciones del plazo (de otros 5 días) de recepción de las ofertas son previstas cuando el poder adjudicador ofrezca acceso libre y directo, por medios electrónicos, al texto íntegro del pliego de condiciones y a la documentación complementaria (en los procedimientos abiertos). Una reducción similar está prevista para la recepción de las solicitudes de participación (en los procedimientos restringidos o negociados).

2°) La actualización de los criterios de selección.

Nuevos criterios de selección de los candidatos figuran en las directivas de febrero de 2004.

a) La integración de los aspectos ambientales en la contratación pública.

Se han integrado progresivamente los temas de protección del medio ambiente en la contratación pública comunitaria (y en ciertos derechos nacionales). Se trata de permitir a los compradores públicos (de suministros, de servicios o de obras) la adquisición de productos o servicios que respeten el medio ambiente con la mejor relación calidad-precio.

El poder adjudicador podrá optar por la solución que considere más respetuosa con el medio ambiente, podrá requerir un determinado tipo de materiales básicos o materias primas, exigir un procedimiento concreto de producción, solicitar de los candidatos que calculen el impacto ecológico de un producto o de un procedimiento determinado (etiqueta ecológica), etcétera.

Sin embargo, no se debe restringir artificialmente la participación de los licitadores en la operación contractual.

La adjudicación del contrato (que se realiza normalmente sobre la base del el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, a partir de una combinación acertada de los criterios retenidos por el poder adjudicador) puede hacerse considerando elementos medioambientales: sentencias del TJCE de 17/9/2002,

"Concordia Bus Finland" [14]; del 10/4/2003, "Comisión v. República Federal de Alemania" [15], o del 4/12/2003, "EVN-AG v. República de Austria" [16].

Eso dicho, la aplicación de este criterio ecológico no podrá llegar a tener efecto discriminatorio alguno en cuanto a la capacidad de una empresa de otro Estado miembro para participar en la adjudicación.

b) La integración de los aspectos sociales en la contratación pública.

En un comunicado interpretativo sobre la legislación comunitaria de contratos públicos, la Comisión Europea afirma que los contratos públicos pueden constituir para los poderes adjudicadores una manera de fomentar la persecución de objetivos sociales, imponiendo al contratista la observación de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato (y compatibles con el derecho comunitario).

La expresión "aspectos sociales" puede remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respecto de los derechos sociales fundamentales, la igualdad de trato, la no discriminación, la aplicación de legislaciones o de directivas comunitarias sobre salud o seguridad en el trabajo o reinserción de las personas desfavorecidas, o lucha contra el desempleo o la exclusión social, etcétera.

En particular, los poderes adjudicadores pueden rechazar ofertas que sean anormalmente bajas debido al incumplimiento de las obligaciones en materia social. La exclusión de las licitadoras que no respeten sus deberes, por lo que se refiere a la legislación social nacional o a las directivas comunitarias, será por lo tanto justificada.

Sin embargo, no se debe olvidar que el criterio "social" no es suficiente y no supera los criterios de aptitud de los contratistas o de los licitadores sobre la base de su capacidad técnica y financiera.

En el nuevo contexto internacional de la globalización económica, las nuevas directivas del 3/2/2004 sobre la contratación pública y el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre el mismo tema del 15/4/1994 demuestran una vez más el papel clave de los contratos públicos en los intercambios económicos. Se están descartando deliberadamente los modelos privados de tipo anglosajón, al prescindir los documentos comunitarios o internacionales actuales de la libertad de selección del contratista, al prohibir las discriminaciones abusivas y al permitir a los licitadores exigir información sobre las razones de la selección realizada, con las posibilidades de impugnar la adjudicación bien ante órganos jurisdiccionales o, en todo caso, ante órganos imparciales e independientes.

La clave definitoria del contrato público, del contrato administrativo de hoy (en la medida en que se trata de prestaciones determinadas: obras, suministros,

[14] *Rec.* 2003, I, p. 7213; *Actualité juridique. Droit administratif*, 2002, p. 437, nota D. Blaise; *Jurisclasseur périodique*, 2003, I, p. 27, nota G. Noel.

[15] *Contrats et marchés publics*, julio de 2003, p. 4, nota W. Zimmer.

[16] *Actualité juridique. Droit administratif*, 2004, p. 335, nota T. Gliozzo.

servicios), no se encuentra en las prerrogativas de la Administración contratante, tampoco en el "servicio público" de raíz francesa, sino en la exigencia de un procedimiento abierto y transparente de selección imparcial de los contratistas, a partir de criterios objetivos y previamente enunciados en la documentación contractual.

En este sentido, el derecho comunitario actual confirma y refuerza, de manera algo paradójica, la figura tradicional del contrato administrativo, caracterizando esta institución, no con la idea de prerrogativas exorbitantes de la administración, sino con un régimen igualmente exorbitante (por referencia al derecho privado) en cuanto a las adjudicaciones.

El matiz viene de que este régimen específico de adjudicación, con todas sus exigencias y sus controles jurisdiccionales, no tiene ninguna vocación de permanecer en ciertos sectores económicos, controlados por los poderes públicos. En la medida en que el proceso de "liberalización" de un sector determinado de la actividad pública llegue a su fin, será el derecho privado el que será normalmente aplicado y no el derecho comunitario de la contratación pública.

Tal evolución no puede ser subestimada.

LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN ESPACIOS ECONÓMICOS INTEGRADOS: EL CASO DEL MERCOSUR

por JORGE A. SÁENZ*

El tema de los *"contratos públicos"* o *"compras gubernamentales"* en los espacios económicos integrados tiene en el mundo de hoy una importancia muy significativa. La Unión Europea cuenta con un sistema muy elaborado, se aplica en el ámbito del NAFTA, está presente en las discusiones de la OMC y del ALCA, y se encuentra prácticamente concluido, luego de años de debate y negociación, el marco jurídico general de las contrataciones estatales para el Mercosur. Este acuerdo, una vez aprobado por los órganos legislativos de los Estados parte, tendrá una inmediata influencia sobre los ordenamientos nacionales en la materia vigentes en los países miembros, y en nuestro país, no sólo en el orden federal, sino también en el provincial y municipal, dada la supremacía que adquirirá sobre todas las normas locales aplicables, en virtud de lo dispuesto en el art. 75, inciso 24, de la Constitución Nacional, a medida que el ámbito subjetivo de aplicación en cada país se vaya extendiendo como está previsto a los niveles de gobierno, denominados en los documentos respectivos como "sub-federales".

¿A qué se debe que se le asigne prioridad a este tema en las agendas internacional y regional si hasta hace no muchos años era un aspecto esencialmente interno de los derechos nacionales? ¿Cuál es el ámbito en que se aplicará, cuáles su importancia y sus aspectos más relevantes?

1. Para responder a estos interrogantes, quizás convenga hacer un poco de historia y partir de una trivialidad, recordando que los Estados y sus entidades vinculadas, para el cumplimiento de sus funciones, necesitan adquirir bienes y servicios y contratar obras a terceras personas. A estos negocios jurídicos, en tanto adquisiciones de uso o consumo públicos, se las denomina convencionalmente en los documentos internacionales *"contrataciones públicas"*, *"gubernamentales"*, o *"administrativas"*, englobando en tales categorías, meramente descriptivas y no dogmáticas, a los contratos de obras, suministros y servicios.

Tales contratos, como se advierte en el derecho comparado, se rigen por distintos subsistemas normativos, según lo prescriba el ordenamiento interno de cada Estado, sea a través de las categorías del contrato administrativo o del con-

*Profesor titular de Derecho Administrativo, UBA.

trato de derecho privado. Estas diversas regulaciones posibles, como es sabido, tienen consecuencias sobre el régimen de fondo que les es aplicable, a la jurisdicción competente para resolver los conflictos y a las modalidades de control, tanto judicial como administrativo, sobre los actos de los entes contratantes.

2. Ahora bien, sin perjuicio de las señaladas diferencias de régimen jurídico, en cuyo análisis no es pertinente entrar teniendo en cuenta los fines que nos hemos propuesto en este trabajo, la evaluación del conjunto de aquellos contratos públicos desde el punto de vista de su cuantía indica que su peso en las economías nacionales ha sido y es considerable. Su magnitud se ubica entre el 9 y el 15% del PBI de los países industrializados, dependiendo en los demás casos del grado de intervencionismo del Estado en la economía, lo que puede determinar una incidencia aún mayor. Por tal razón, ha sido históricamente un sector en el que la regulación jurídica ha sido utilizada para cumplir objetivos específicos de política económica, más allá de los fines de los contratos en sí mismos. Han sido, sin duda, un instrumento privilegiado de intervención del Estado en el ordenamiento de la economía y la sociedad.

3. En ese orden de ideas, la política conocida como de *"compre y contrate nacional"*, casi universalmente adoptada en diversas etapas del desenvolvimiento del mundo, por países de la más diversa orientación y desarrollo, constituye un testimonio elocuente de ello. Esta política ha tendido a promover, simultánea o alternativamente, a partir de la utilización del poder de compra del Estado, la protección de la industria, el desarrollo de regiones postergadas, la formación de profesionales y mano de obra nacionales, el pleno empleo y la formación, progreso y acumulación de tecnología y capital en empresas que, según diversos criterios de calificación, se consideraban *"locales"* y no de *"capital externo"*. Por otro lado, en el caso de bienes, tendía a que se proveyeran los definidos como de "producción nacional".

4. Con independencia del juicio de valor que pueda hacerse sobre el resultado de la aplicación de tales políticas en las diversas épocas de desarrollo de la economía mundial y en los cambiantes contextos nacionales, lo cierto es que desde hace unos años, de la mano de la corriente de liberalización del comercio mundial, enemiga declarada de los proteccionismos arancelarios o paraarancelarios y las ayudas, subsidios y promociones, la tendencia dominante es la de consagrar la apertura de la contratación pública a la libre competencia. En unos casos propiciándola como política de alcance universal (es el caso del ex GATT y de su sucesora, la OMC) y en otros limitándola a los Estados integrantes de espacios económicos regidos por sistemas de libre comercio o de mercados comunes (como son los casos del NAFTA o de la Unión Europea, y, con sus propias características, del Mercosur).

De cualquier forma, es oportuno destacar que, sea amplia o restringida en cuanto al ámbito de vigencia, la apertura a la competencia se rige en todos los casos por el principio de la reciprocidad. Es decir que la política de preferencia

por bienes o empresas no se elimina de inicio totalmente, sino que se traslada a ámbitos que superan las fronteras nacionales, quedando para una etapa posterior la eventual universalización del sistema, mediante un acuerdo multilateral (que no es lo mismo que uno plurilateral, de suyo más limitado).

5. Las razones económicas que fundamentaron el cambio de enfoque que supone el abandono de sistemas de protección a las empresas y bienes nacionales a favor de la competencia abierta acordada por vía de convenios internacionales, se encuentran sintetizadas, ciertamente desde una perspectiva liberal, en un estudio encargado por la Comisión de la Comunidad Europea a mediados de los años ochenta, conocido como *"Informe Cecchini"*. Este exhaustivo estudio determinó, básicamente, los sobrecostos del sector público causados por la falta de competencia que supone la práctica discriminatoria y proteccionista en la contratación pública. A esos fines, cuantificó los ahorros potenciales de los organismos públicos en una suma muy significativa, afirmando que ellos se producirían como consecuencia de la influencia concurrente de los que denomina un *"efecto estático"*, por la compra a proveedores que ofrezcan menores precios, de un *"efecto competencia"*, gracias al cual disminuirían los precios, y a un *"efecto de reestructuración"*, que se lograría por las economías de escala producidas por la reingeniería empresaria, consecuencia, precisamente, de la competencia.

6. La aceleración en las décadas de 1980 y 1990 del fenómeno que enmarcó y determinó la adopción de las nuevas políticas, esto es, el de la organización y consolidación de los grandes espacios económicos integrados, obviamente generó, con la finalidad de eliminar las trabas artificiales al comercio mundial e imponer el principio de competencia en el ámbito de las contrataciones públicas, procesos de producción normativa que determinaron una notable aproximación en la regulación jurídica de los países en lo relativo a los procedimientos de preparación de los contratos públicos, con independencia de los sistemas jurídicos regulatorios de la ejecución o el *"fondo"* de tales contratos.

Se constata de tal manera, claramente, una tendencia al establecimiento, por vía de actos de derecho internacional, en unos casos, o de derecho comunitario, en otros, de criterios para disciplinar, mediante un núcleo de normas comunes, la fase de formación de los contratos, es decir, su preparación y adjudicación, dejando fuera lo relativo a su ejecución. Prueba evidente de ello son el conjunto de directivas y fallos de la Unión Europea; el Protocolo plurilateral de Marrakech de 1994, de la OMC, y su antecedente, el Acuerdo de Tokio de 1979, en el marco del GATT; el Capítulo 10 del Acuerdo NAFTA; el proyecto de ley uniforme de la UNCITRAL, y, en lo que nos interesa de manera más directa, el *Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur*, aprobado por la decisión 40/2003 del Consejo del Mercado Común, el 15/12/2003, en la reunión de Montevideo.

En ese orden de ideas, en el ámbito de la Comunidad Europea se desarrolló a partir de la década de los setenta una normativa comunitaria mediante *"directivas"* denominadas de "liberalización y coordinación", que básicamente inten-

taron eliminar dentro de ese espacio económico las denominadas barreras invisibles del mercado o barreras no tarifarias. Entre estas barreras a eliminar se incluyeron los regímenes de contratación estatal vigentes en los países miembros, dictándose a tal fin directivas que contenían un mínimo de normas comunes de carácter positivo tendientes a asegurar la igualdad en la participación y la transparencia en la adjudicación de los contratos públicos. Se sancionaron para ello directivas para los contratos de obras y suministros (aunque excluyendo sectores muy importantes como los del agua, energía, transportes y telecomunicaciones) sobre aspectos tan cruciales como los criterios de adjudicación, la publicidad de los anuncios y el contenido de las especificaciones técnicas, fijando como principios la transparencia, la objetividad, la competencia y la no discriminación. Disponían la adaptación de los ordenamientos nacionales a las directivas, manteniendo la libertad de los países miembros para mantener o dictar reglas materiales o procesales relacionadas con los contratos públicos.

En tal sentido, las directivas denominadas *"clásicas"* (305-71 y 62-77) a partir del principio de no discriminación en razón de la nacionalidad, establecieron normas que: *a) garantizaban la publicidad comunitaria en el Diario Oficial; b) establecían umbrales a partir de los cuáles era obligatoria la aplicación del sistema; c) prohibían especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio o que persiguieran favorecer o eliminar a determinadas empresas o productos; d) aplicaban criterios objetivos de participación y adjudicación, no sólo en los procedimientos de licitación abiertos, sino en los restringidos, imponiendo la invitación a quienes se hubiesen presentado como candidatos luego de la publicación y preveían como absolutamente excepcional el caso de la negociación directa sin publicidad, con supuestos tasados; e) establecían dos criterios de adjudicación: el precio más bajo o la oferta más ventajosa económicamente, pero en este último caso en función de parámetros funcionales al contrato: precio, plazo de ejecución, rentabilidad y valor técnico, que debían indicarse en los pliegos.*

No obstante la claridad de sus contenidos, las directivas fueron sistemáticamente incumplidas, según lo demostró la Comisión de la Comunidad Europea en un estudio que en 1984 presentó al Consejo. El panorama era desolador, puesto que las directivas, o no se habían incorporado al derecho interno, o se habían incorporado incorrectamente, o no se habían cumplido. Se constataron así: *a) ausencia de publicidad; b) división de los contratos para eludir los umbrales; c) utilización abusiva de la contratación directa; d) inclusión en los pliegos de normas incompatibles con las directivas; e) exclusión ilegal de licitadores de otros países; f) discriminación en la adjudicación de los contratos.*

Teniendo en cuenta esta realidad, se dictó la segunda generación de directivas, a partir de las medidas previstas en el Libro Blanco de la Comisión de 1985 para la consecución del mercado interior en 1992, aprobado por el Consejo en Milán en 1985. Entre las medidas estaba precisamente la de eliminar las ba-

reras técnicas en la contratación pública, lo que se cumplió acabadamente a partir de la aprobación del Acta Única Europea de 1987. Se emitieron entonces nuevas directivas para mejorar la transparencia y establecer mecanismos de control, a la vez que se amplió su campo de aplicación. Los objetivos se cumplieron luego del acuerdo político sobre la apertura de los llamados sectores excluidos (agua, energía, telecomunicaciones y transporte) y dieron lugar a las Directivas de los años ochenta, codificadas en las del año 1993 (36 para suministros, 37 para obras y 38 para los *"sectores excluidos"*, y 50 de 1992 para los servicios), a cuyo contenido haremos referencia más adelante. Las nuevas directivas, aprobadas el 3/2/2004, han mantenido en lo sustancial sus prescripciones, intentando corregir sus desafíos e imperfecciones, reseñadas en el Libro Verde sobre la Contratación Pública de 1996, y unificando en un texto las normas para suministros, obras y servicios.

Para la época de codificación de las directivas europeas, se suscribió el *Tratado de Libre Comercio* entre los Estados Unidos, México y Canadá, conocido como NAFTA, cuyo capítulo 10 trata sobre las *"Compras del sector público"*, con la finalidad de conseguir la apertura de los mercados gubernamentales en materia de bienes, servicios y obras públicas; y el 15/4/1994 se firmó en Marrakech el acuerdo plurilateral denominado Acuerdo sobre Compras del Sector Público, en el marco de la OMC. A su vez, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) había presentado en 1993 el proyecto de ley modelo sobre la contratación pública de bienes y servicios. Todo este material jurídico de los noventa tiende a la obtención de los objetivos y finalidades ya reseñadas. El Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur sigue sin duda sus lineamientos, aunque con algunas importantes diferencias, razón por la cual compararemos sucintamente sus principios y técnicas de regulación.

7. Como primera aproximación, y en una visión de conjunto, podríamos decir que la totalidad de los sistemas normativos mencionados pretenden garantizar la vigencia irrestricta entre las partes del principio de libre competencia entre los actores económicos y productos que se consideren *"de origen"* de las partes contratantes. Este objetivo central exige que en las contrataciones imperen la objetividad e imparcialidad, la transparencia, la publicidad, la no discriminación, y la disponibilidad de recursos y procedimientos de defensa contra las violaciones a la normativa común. En otros términos, la estricta vigencia del principio de legalidad, toda vez que las garantías procedimentales que son característica común de tales regulaciones apuntan al control de la discrecionalidad administrativa, válvula de escape privilegiada de los Estados nacionales y sus reparticiones para la aplicación distorsionada del sistema. Esta vieja cuestión del derecho administrativo se ubica ahora en una nueva perspectiva, ya que es decisiva para preservar la competencia en el juego de un comercio mundial o regional abierto.

8. Debe hacerse notar, para destacar las dificultades que el problema plantea, que pese a lo enfático de las previsiones normativas que consagraron tales

principios, la tendencia generalizada de las administraciones públicas en la fase de aplicación tanto de los acuerdos como de las directivas comunitarias, como ya lo señalamos en el caso de la Unión Europea, ha sido la de sustraer de la competencia de terceros países al sector de los contratos públicos, favoreciendo a las empresas o a los bienes nacionales. Ello resultó endémico en algunos sectores, por ejemplo en los de alta tecnología (equipamiento médico, informática, telecomunicaciones y construcción e ingeniería civil), lo que es explicable por su alta dependencia de la contratación pública, lo que a su vez motiva una fuerte actividad de *lobby* por parte de los empresarios. No obstante, la tendencia mundial a la apertura de los mercados gubernamentales ha continuado afianzándose, como lo prueba la constitución de un grupo de trabajo en la OMC para estudiar lo relativo a la transparencia en las contrataciones públicas, habiéndose recomendado un *"acuerdo apropiado"*, como conjunto de principios multilaterales mínimos, sobre procedimientos de contratación, incluyendo lo relativo a protección judicial.

9. Dentro de este cuadro evolutivo de estricta contemporaneidad, se inscriben las decisiones del Mercosur, traducidas en la creación del Comité Técnico 4 en la cumbre de Ouro Preto, en las decisiones 20/1994 y 15/1995 del Consejo del Mercado Común y en la resolución 79/1997 del Grupo Mercado Común, que se refieren a la eliminación de las políticas públicas y restricciones no tarifarias que distorsionan la competitividad y en el establecimiento, según instrucción del Consejo en la Cumbre de Fortaleza, del grupo *ad-hoc "Compras Gubernamentales"*, al que se encomendó la elaboración de un régimen de bienes y servicios que debía incluir disposiciones con respecto a cobertura, trato nacional, disciplinas y procedimientos que hacen a la transparencia y aspectos institucionales comunes. Este proceso continuó con la aprobación, mediante la Resolución Grupo Mercado Común 34 del 22/7/1998, de los lineamientos propuestos por el Grupo *ad-hoc* sobre criterios, procedimientos y plazos para la negociación de un régimen regional de compras gubernamentales. El proyecto de marco normativo debía presentarse antes de la *XV Reunión del Consejo del Mercado Común* y la negociación del *Anexo de Cobertura* realizarse a partir de 1999. Las situaciones de crisis, los problemas económicos y los cambios políticos ocurridos desde entonces en el área demoraron la concreción de tales objetivos, los que han recibido un impulso ciertamente decisivo con la aprobación, ya mencionada, del Protocolo de Contrataciones Públicas por parte del Consejo del Mercado Común, el 15/12/2003, para ser sometido a la ratificación legislativa correspondiente.

10. Antes de entrar a examinar el contenido concreto que contempla el *"marco normativo"* del régimen de compras gubernamentales de bienes y servicios en el Mercosur, objeto del Protocolo, debe destacarse que el derecho regional originario carece de previsiones específicas sobre los contratos públicos, sin perjuicio de que en la interpretación sistemática e integradora de aquél deberán

tenerse en cuenta los grandes principios que surgen del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto, que básicamente se pueden resumir así:

a) La prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, que, como veremos enseguida, deberá operar como fundamento de todo el sistema competitivo de contratación pública.
b) La libre circulación de mercancías, o sea, la supresión de las restricciones cuantitativas a su entrada y salida, así como cualesquiera otras medidas de efecto equivalente. Es una de las libertades fundamentales del Tratado, que impone que los bienes deben circular libremente en condiciones tales que aseguren que la competencia no resulte falseada.
c) El derecho de establecimiento, que supone la libre circulación de servicios y capitales, la apertura de agencias, filiales y agencias. y la constitución y gestión de sociedades en las mismas condiciones que para los nacionales del país de que se trata, salvo en actividades relacionadas con el ejercicio del poder público u otras justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.
d) La libre prestación de servicios, que asegura que el prestador de un servicio pueda ejercer con carácter temporal su actividad en cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que se impongan a los propios nacionales.
e) Las normas sobre competencia, que implican la existencia de un régimen que garantice que ella no será falseada en el mercado interno, conforme lo determina el Protocolo de Fortaleza de 1996, dentro del proceso de constitución de la unión aduanera, con el objetivo final de formación del mercado común. En este orden de ideas, el sistema de contratos públicos para el Mercosur dispone la prohibición de todas las prácticas contrarias a la competencia entre contratistas, al imponer, entre otras cosas, la libertad de concurrencia, la amplia publicidad tanto previa como posterior a la adjudicación, y la redacción no discriminante de las especificaciones técnicas.

11. Estos principios generales, que operan como base del sistema, encuentran un adecuado desarrollo en las normas específicas y detalles de regulación del marco jurídico de competencia en las contrataciones públicas elaborado para el Mercosur, que contempla los aspectos que a continuación se analizan, y cuya ampliación se anticipa en el art. 31 del Protocolo a través de sucesivas negociaciones, a la luz de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio previstos en el Tratado de Asunción. Los principios que se desarrollan en el Protocolo se examinan a continuación.

12. Principio de *"trato nacional"* y *"no discriminatorio"*

Este principio está claramente establecido en el art. 1.1. del Protocolo al precisar que su objeto es "proporcionar a los proveedores y prestadores establecidos en los Estados Partes y a los bienes, servicios y obras públicas originarios de esos Estados Partes un tratamiento no discriminatorio en el proceso de contrataciones efectuadas por las entidades públicas", obligándose las partes, según el art. 5.1., a otorgar "a los bienes y servicios y obras públicas y a los proveedores y prestadores de cualquier Estado Parte... un trato no menos favorable del que otorgue a sus propios bienes, servicios, obras públicas, proveedores y prestadores, sin perjuicio de la facultad de cada Estado Parte a mantener excepciones limitadas...". Las "reglas de origen" respecto de los bienes son las generales con vigencia en el Mercosur (art.6). A su vez, el art. 5.2. prohíbe discriminar a los proveedores o prestadores establecidos en un Estado Parte por motivo de afiliación o propiedad extranjera, o a uno establecido en su territorio en razón de que los bienes, servicios u obras que ofrece sean de otro Estado Parte.

En forma complementaria, cada Estado Parte debe otorgar "inmediata e incondicionalmente" a los bienes, servicios y obras públicas y a los proveedores y prestadores de las otras partes el trato de la nación más favorecida, en caso de que terceros países tuviesen un régimen más favorable (art. 4). Estas obligaciones son semejantes a las establecido explícitamente en los documentos del NAFTA y la OMC como ejes del sistema, en la medida en que exigen a las partes otorgar a los bienes, servicios y proveedores de otra un trato no menos favorable que el dispensado a sus propios bienes, servicios y proveedores, estableciendo que no se puede dar un trato menos favorable en razón de ser extranjero o de ofrecer bienes de origen de otra parte, requiriéndose no aplicar normas de origen distintas a las que rigen las operaciones comerciales normales.

Las obligaciones impuestas por vía de principio a los Estados Partes que antes se han glosado, determinarán en el futuro, si avanzan las negociaciones para ampliar la liberalización del comercio en la región, suprimiendo los sistemas de preferencia intra Mercosur fundados en la nacionalidad de los contratantes o el origen de los bienes, propios de los sistemas de compre y contrate nacional. Sobre el particular, cabe destacar que si bien Brasil, mediante las leyes de licitaciones y contratos dictadas en 1993 y 1994, y Argentina, por vía de la ley 23.697 y el decreto 2284/1991, habían avanzado en esa dirección (no así Paraguay y Uruguay), la imperfección de las normas dictadas y las nuevas políticas adoptadas a raíz de la crisis de los últimos años cambiaron el panorama. En este orden de ideas deben mencionarse, en el caso argentino, la confusa situación creada a partir de la decisión del conocido caso "Servotrón". La cuestión que planteaba, respecto de la subsistencia del sistema de Compre y Contrate Nacional establecido por el decreto 5340/1963 y por la ley 18.875, recibió una solución terminante en sentido afirmativo por parte de la sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en su fallo del 13/7/1995, pero esa doctrina fue notable-

mente oscurecida por el ulterior fallo de la Corte Suprema de Justicia del 10/12/1996 (LL 1997-D-668), que, contra lo que era de esperar, mantuvo la incertidumbre sobre los alcances de la vigencia de aquel sistema. Esta cuestión, de todas maneras, recibió solución legislativa mediante la ley 25.551, sancionada a fines del año 2001, y la emisión de su decreto reglamentario 1600/2002, cuerpos normativos que no sólo dieron por vencida la suspensión de la vigencia del decreto 5340/1963 y de la ley 18.875, dispuesta por el art. 23 de la ley 23.697, sino que regularon importantes aspectos que hacen a la protección de las empresas y bienes argentinos en las contrataciones del Estado, criterio que han seguido numerosas normas provinciales, y en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la ley local 590 y su modificatoria 595. Es respecto de estas normas, por lo tanto, que deberá confrontarse en el futuro el imperio del principio de no discriminación que venimos comentando, si es que finalmente es ratificado por nuestro país el Protocolo suscripto en Montevideo en diciembre de 2003 y se dejan de lado, con el tiempo, las "reservas" acerca de las preferencias establecidas por las normas de "compre nacional" locales, previstas en su art. 2.1. De todas maneras, tendrá impacto inmediato respecto de las limitaciones que pudieran existir para las empresas y los bienes de otros Estados parte de acceder al mercado estatal nacional de contrataciones, sin perjuicio de los márgenes preferenciales que puedan subsistir para los nacionales.

El principio que se examina también impone, desde luego, desterrar las prácticas administrativas que conducen al mismo resultado que las normas discriminantes, a través de conductas o disposiciones que se conocen como *"medidas de efecto equivalente"* (como sucede también en materia de aranceles), que imposibiliten, en los hechos, la perfecta igualdad de trato entre los nacionales del Estado que las adopte con los de los demás miembros del Mercosur. Como afirmó para el orden europeo su Tribunal de Justicia Comunitario en la sentencia *Roviello* de 1988: *"La regla de la igualdad de trato no sólo prohíbe las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas disimuladas de discriminación que aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado"*, agregando que *"Las medidas de efecto equivalente son todas aquellas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, incluidas las prácticas administrativas y todos los actos que dimanen de la autoridad pública"* que se presenten *"en forma de obstáculo"*.

Como se verá más adelante, un tema especialmente complejo, vinculado a la discriminación, es el atinente a las exigencias para la calificación y el registro de proveedores y prestadores. La homogeneidad de requisitos es un aspecto que debe examinarse cuidadosamente, para evitar, por medios indirectos e insidiosos, el incumplimiento de las normas sobre "trato nacional".

Es interesante destacar que el Protocolo contiene una cláusula de exclusión, semejante a la existente en el NAFTA, que puede invocarse en ciertos casos, cuando la empresa proponente es propiedad o está bajo el control de un país que

no es parte del Tratado. El art. 7 autoriza a denegar los beneficios establecidos cuando se demuestre que "el servicio o la obra pública está siendo ofertada por un prestador de un país que no es Estado Parte del Mercosur o por una empresa que no realiza actividades comerciales sustantivas en el territorio de ninguno de los Estados Partes". En la Comunidad Europea, la Directiva 38/93 establece una cláusula semejante, en virtud de la cual cualquier oferta puede rechazarse cuando la parte de los productos originarios de países terceros sea superior al 50% del valor total de los que componen la oferta, disponiéndose que si dos ofertas son equivalentes, debe darse preferencia a la que no pueda ser rechazada por esa razón. Cabe apuntar que esta situación ha sido modificada por el acuerdo UE-EE.UU., en la medida en que este último país renuncia a la aplicación de la *"Buy American Act"*.

13. **La denominada *"cobertura"***

Comprende tres aspectos:

a) *Ámbito subjetivo público de aplicación:* Este aspecto está contemplado en el artículo 2.1. del Protocolo en forma general, remitiendo su definición específica, que es lo verdaderamente importante, a los Anexos. Así, mientras que el texto afirma categóricamente que "Este Protocolo se aplica a las contrataciones públicas que las entidades de todos los niveles de gobierno federales y sub-federales celebren para la adquisición de bienes y servicios, cualquiera sea su combinación, incluidas las obras públicas, mediante cualquier método contractual", aclara a continuación que ello es sin perjuicio de las reservas de los Estados parte que se incluyan en el Anexo A, y sin perjuicio de las excepciones generales que hacen a las contrataciones que fuesen necesarias para proteger los intereses esenciales relativos a la seguridad y defensa nacional (art. 12.1.). Las entidades comprendidas se detallan en el Anexo I y los bienes, servicios y obras públicas en los Anexos II, III y IV.

El citado Anexo I es una lista positiva, es decir que los organismos públicos cuyas contrataciones estarán alcanzadas por el Protocolo están expresamente nominados, excluyendo a todos los que no lo estén, estableciéndose, por otro lado, severas restricciones para el retiro de entidades cubiertas (arts. 13.1., 13.3. y 13.4). Según su texto, los Estados han incluido por ahora sólo a la Administración central y buena parte de la descentralizada, pero no a los Estados locales o "sub-federales, como los denomina el Protocolo, respecto de las cuales el art. 14.5 prevé que en las negociaciones tendientes a ampliar la cobertura, las partes los consultarán "con miras a lograr compromisos sobre una base voluntaria", para la incorporación de sus contrataciones. Esta cláusula indica lo lenta y problemática que puede ser la vigencia plena y sin restricciones del sistema de competencia abierta a través de la "preferencia Mercosur", no bien se evoca la proverbial debilidad de los gobiernos provinciales frente a la gestión corporativa de los intereses económicos que puedan resultar afectados. Respecto de las empresas públicas, es interesante mencionar el caso de Brasil, que ha incluido a ELECTROBRAS pero excluido a PETROBRAS.

La técnica utilizada en el Protocolo es semejante a la del NAFTA, que si bien menciona como comprendidas en el acuerdo a las entidades de gobiernos estatales o provinciales, en definitiva se remite a una lista y a la de la OMC, que directamente tiene un anexo, pero notoriamente distinta de la de la Unión Europea. En efecto, el derecho comunitario utiliza lo que se ha denominado una noción funcional de poder adjudicador, que incluye al Estado, entes públicos territoriales, organismos de derecho público (creados para satisfacer el interés general, que estén financiados por el Estado, o que estén sometidos a control o en los que más de la mitad de los administradores sean del Estado) y a las asociaciones constituidas por uno o más de dichos organismos. Vale decir que unificó la extensión subjetiva de las normas acerca de las contrataciones gubernamentales a través de esa noción funcional, concordante con la interpretación que el Tribunal de Justicia había efectuado en el caso "Beentjes v. Países Bajos" (Sentencia del 20/9/1988, Rec. 1988, ps. 4635 y ss.), doctrina que permite utilizar distintos conceptos de Estado con el objeto de dar lo que se denomina un *"efecto útil"* al Tratado. Aplica así los criterios del control fáctico, de la influencia dominante y de la posibilidad del Estado de dar instrucciones obligatorias de cualquier tipo, incluyendo a las obras subvencionadas por el Estado.

El Protocolo del Mercosur, por el contrario, limita el número de organizaciones estatales por vía del sistema de la "lista positiva" y excluye directamente a las contrataciones públicas financiadas total o parcialmente por organismos internacionales (salvo que las normas especiales admitan a la aplicación del Protocolo), a las contrataciones públicas bajo el régimen de "delegaciones en prestadores privados" (arts. 2.1. y 2.6.) y a las obras y servicios que por disposiciones constitucionales o legales sean prestados al Estado por entidades públicas (art. 2.6.).

Se advierte así una diferencia muy importante entre la norma excluyente del Protocolo de los arts. 2.1. y 2.6. y lo establecido por la Directiva de la Comunidad Europea 38/93 sobre los llamados *"sectores especiales"*, en tanto esta norma incluye entre los poderes adjudicadores, más allá de la caracterización de público o privado, a las personas privadas que hayan recibido de las autoridades *"derechos especiales o exclusivos"* para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación de servicios en general y de prestación del servicio público de telecomunicaciones en particular. Tal criterio de amplitud subjetiva indica que el régimen de contrataciones gubernamentales incluye a quienes dependen decisivamente de los contratos que suscriben con el Estado o sus dependencias, y si bien el sistema tiene gran flexibilidad en cuanto a los procedimientos de selección y los adjudicadores cuentan con mayores poderes discrecionales, se mantienen las garantías mínimas indispensables para la apertura del mercado, reconociendo, asimismo, la figura del *"acuerdo marco"* para provisiones u obras que puedan utilizar esas empresas.

b) *La caracterización de los contratos para determinar el ámbito objetivo de aplicación del sistema:* El Protocolo se refiere en el art. 1.1. de manera muy general a los "bienes, servicios y obras públicas", y en el art. 2.1. a las contrataciones "para la adquisición de bienes y servicios, cualquiera sea su combinación, incluidas las obras públicas, mediante cualquier método contractual". El límite a esta enunciación tan genérica se encuentra en los anexos II, III y IV, que contendrán listas de tipo "negativo" para los bienes (o sea, nómina de exclusiones) y de tipo "positivo" para las obras y servicios (es decir, nómina de inclusiones). En este punto, la negociación es crucial y los intereses afectados o las diversos enfoques sobre la importancia de una política de protección sectorial por aplicación de técnicas de preferencia, como el caso del "compre nacional", tienen una marcada influencia.

La información disponible sobre el posible contenido de tales Anexos indica que los pasos inaugurales de aplicación del Protocolo serán limitados y cautelosos, por la importante masa de bienes, servicios y obras que serán excluidos, y es por ello, también, que el propio acuerdo contempla el compromiso de las partes de desarrollar negociaciones "a efectos de completar la liberalización del mercado de las contrataciones públicas", debiéndose iniciar la primera ronda a más tardar al final del segundo año de su entrada en vigencia, debiendo hacer las partes los mejores esfuerzos para "ampliar la cobertura" del Protocolo (arts. 14.1. y 14.4.b).

c) *Los umbrales cuantitativos:* El Protocolo dispone que sólo están comprendidas las contrataciones que sean iguales o superiores a los umbrales que establece el Anexo V, los que de ninguna manera serán definitivos, sino que serán reevaluados por decisiones del Consejo del Mercado Común (arts. 2.2. y 2.3.). Para determinar el valor de los contratos debe tomarse en cuenta todo costo que influya en el valor final, con prohibición de fraccionar las licitaciones con la intención de impedir la aplicación del Protocolo. Por otra parte, se fijan criterios estrictos para los contratos de ejecución continuada, adjudicados en partes separadas o de plazos no determinados, estableciéndose pautas para su adecuada valoración (arts. 3.1., 3.2., 3.3., 3.4. y 3.5.). Estas disposiciones son de suma importancia para tratar de evitar las tan conocidas argucias administrativas, utilizadas *ad nauseam* para justificar contrataciones directas en lugar de acudir a procedimientos de selección. Cabe esperar la instrumentación de un adecuado control a los efectos de resguardar la buena fe y la legalidad, ahora no sólo para cumplir el derecho interno, sino también el internacional. Sería además deseable que no se establecieran umbrales demasiado altos, como sucedió en la Unión Europea en el caso de obras (en la actualidad 6.242.000 euros), por cuanto ello tiene como efecto inevitable dejar fuera del mercado ampliado a las pequeñas y medianas empresas.

14. **Los grandes principios generales en materia de selección de los contratantes del Estado**

El Protocolo ha recogido con amplitud los principios generales consagrados por la doctrina administrativa y el derecho nacional y comparado. Menciona

así los de tratamiento no discriminatorio, transparencia, legalidad, objetividad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad, vinculación al instrumento de la convocatoria y concurrencia (arts. 1.1. y 1.2.), a los que debe agregarse el de buena fe, en tanto el art. 2.8. establece que "Ninguna de las Partes puede preparar, designar o de otra forma estructurar cualquier contratación pública con el propósito de evitar las obligaciones de este Protocolo". A su vez, el art. 12.2. dispone que las medidas que los Estados puedan tomar para proteger la moral, el orden y la seguridad públicas, la vida o la salud humana, animal o vegetal no pueden constituir "un medio de discriminación arbitraria o injustificable" ni implicar "una restricción encubierta del comercio entre los Estados Partes"; por su parte, el art. 13.2. prescribe: "Ningún Estado Parte podrá retirar entidades cubiertas por el presente Protocolo con el objetivo de evitar el cumplimiento de las obligaciones en él previstas". La totalidad de estos principios, que constituyen guías hermenéuticas insoslayables para interpretar los casos que puedan plantearse, han sido desarrolladas en algunos aspectos con detalle y precisión en el instrumento que comentamos. Ya nos hemos referido a las disposiciones que proscriben la discriminación de oferentes. Analizaremos sucintamente los aspectos del Protocolo que hacen a los otros principios enunciados.

a) Procedimientos: De acuerdo con el Protocolo, las contrataciones deben efectuarse por regla general mediante licitación pública, estando prevista la contratación directa para supuestos excepcionales (art. 16). Dispone, luego de reiterar los principios generales de no discriminación, igualdad, concurrencia y transparencia, que no deben establecerse especificaciones dirigidas a favorecer situaciones particulares, prohibiendo asimismo la información privilegiada y toda medida que tenga por efecto impedir el carácter competitivo del procedimiento (arts. 17.1., 17.2. y 17.3.). La contratación directa, por su parte, sólo está autorizada si no es discriminante, si no evita la máxima competencia posible, y si no tiene por fin proteger a los bienes y prestadores nacionales. Además, el Protocolo contiene una nómina de motivos justificantes (licitación desierta o fracasada que no pueda ser repetida, debiéndose contratar en las condiciones establecidas; obras de arte o protección de derechos exclusivos; proveedor o prestador único; extrema urgencia o emergencia por acontecimientos imprevisibles o inevitables, pero sólo para adquirir los bienes necesarios para atender la situación u obras y servicios con un plazo máximo de ejecución de 180 días; componentes necesarios para el mantenimiento de equipos durante el período de garantía; contrataciones adicionales; adquisición de prototipos; contratos con profesionales o entidades de notoria especialización o servicios de consultoría en aspectos de naturaleza confidencial; y contrataciones con entidades estatales, controladas o de bien público con fines de investigación científica y tecnológica) (arts. 18.1. y 18.2.). Estas previsiones están en línea con las contenidas en los ordenamientos europeo y del NAFTA, en los cuales la regla es el procedimiento abierto o licitación pública, determinándose la excepcionalidad de los procedimientos restringidos y

de contratación directa, con descripción de los casos, los que son de interpretación y fundamentación estricta, con carga de la prueba a cargo del poder adjudicador.

b) Condiciones de los pliegos de licitación: El Protocolo establece que el pliego debe contener toda la información necesaria para que los proponentes puedan presentar correctamente sus ofertas, detallando los ítem que deben incluir, destacándose entre ellos, por un lado, la correcta descripción del objeto de la contratación, con referencia a las especificaciones técnicas, certificaciones de conformidad, planos, diseños e instrucciones que sean necesarios y, por la otra, tal como lo exigen las normas de la Unión Europea, del NAFTA y de la OMC, los *"criterios de evaluación de las ofertas, incluyendo cualquier otro factor diferente del precio. También, de ser el caso, deberá constar una clara explicación de la fórmula de ponderación de los factores que se utilicen para la selección de las ofertas"* (arts. 23.1.c] y 23.1.k]).

Las especificaciones técnicas, por su parte, no pueden elaborarse para discriminar oferentes, limitar la competencia o crear obstáculos innecesarios, debiendo, por el contrario, incluir los requisitos objetivos que sean esenciales al cumplimiento de la contratación, asegurándose de que no hagan referencia a marcas, diseños o patentes u origen específico de bienes o proveedor. En lo posible, deben ser definidas con referencia a normas de la Asociación Mercosur de Normalización, a normas internacionales o nacionales compatibles. Estas precisiones de los arts. 9.1., 9.2., 9.3. y 9.4. del Protocolo son semejantes a las previstas en la Unión Europea, y en los textos del NAFTA y de la OMC, que acuñaron la fórmula de que de ninguna especificación técnica que sea un obstáculo para la competencia leal es viable jurídicamente.

En este aspecto, es importante aclarar que la política de competencia abierta *intra* zona, que es el eje sobre el que gira el sistema de contrataciones públicas, no implica necesariamente la eliminación drástica de ciertas finalidades de fomento o protección que puedan perseguirse a través de ellas, como, por ejemplo, la ayuda a ciertas regiones o a determinados sectores, como las pequeñas empresas, para que puedan acceder al mercado. Los procedimientos para lograrlo pueden consistir en la adopción de ciertas medidas provisionales o coyunturales, de preferencia a través de la fijación de umbrales, la división de contratos o el fomento a la subcontratación, siempre que sean razonables, se comuniquen a las otras partes del Tratado y no se aparten del principio de buena fe que antes se ha mencionado. En lo que hace a la instrumentación de esas medidas de fomento o protección a través de las especificaciones técnicas, es interesante mencionar el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha admitido como no violatorio del sistema de competencia en las contrataciones públicas la previsión en los pliegos de medidas no discriminantes, como la obligación de contratar personal domiciliado en determinada zona, fundado en el argumento de que todos los oferentes lo pueden cumplir sin que ello consagre una discriminación

a favor o en contra de determinados oferentes. Es decir que, aun en forma limitada, la contratación pública puede seguir siendo un instrumento de política social, aunque esté regida por un sistema propio de las economías integradas.

c) Criterios de selección cualitativa: Lo relativo a la calificación de proveedores y contratistas ha recibido una cuidadosa regulación en el Protocolo, toda vez que es una de las vías usuales para consumar violaciones a esta clase de tratados por parte de los funcionarios y autoridades administrativas. Es por ello que como principio general se consagra la exigencia de que en el proceso de calificación de proveedores y contratistas, las entidades no pueden discriminar entre nacionales y aquellos otros pertenecientes a los Estados Partes, debiendo habilitar a todos los que reúnan las condiciones jurídicas, fiscales, económicas, financieras y técnicas determinadas por Decisiones del Consejo del Mercado Común (arts. 19.1. y 19.2.). Para consolidar esta necesaria limitación de las facultades discrecionales de calificación a la apreciación objetiva de la capacidad de los candidatos, y sin perjuicio de perseguir el establecimiento de "criterios comunes de calificación" (art. 20.1.4.). el Protocolo indica que las condiciones requeridas se especificarán en los pliegos (conforme con el art. 25.2.), que la capacidad económica, financiera y técnica se evaluará sobre la base de la actividad ejercida en el territorio de cualquier Estado, sea parte o no del Mercosur, y que no se puede condicionar la participación de un oferente a que haya ejecutado contratos en el territorio de un Estado Parte (art. 19.5.a], 19.5.b], 19.5.c] y 25.3.). Establece la obligación, en caso de descalificación, de proporcionar a los interesados las razones de ello (art.19.6.b]). En el caso de la existencia en los Estados Parte de registros permanentes de proveedores de bienes o prestadores de servicios u obras públicas, se asegura que los de los demás Estados Parte puedan solicitar su inscripción, sin otro objetivo que la prueba de la idoneidad para contratar con el Estado, que puede acreditarse mediante la presentación de "documentación equivalente" a la exigida a los nacionales.

d) Requisitos básicos de publicidad: Se exige a los Estados Partes una "efectiva divulgación de las oportunidades de licitación", de manera tal que el universo de interesados pueda contar con la información necesaria para participar del procedimiento de selección. El Protocolo dispone la información mínima que deben contener los avisos, los medios de publicidad, la obligación de publicar nuevos avisos en caso de alteración del pliego, y fundamentalmente prescribe que el plazo debe ser suficiente para permitir la preparación y presentación de ofertas, fijando uno mínimo de 40 días corridos (arts. 22.1., 22.2., 22.5. y 22.7.). Sería deseable que se creara un órgano que fuera publicación oficial del Mercosur, al estilo del de la Unión Europea, que incluyera los anuncios de las previsiones efectuadas por los Estados Partes de los contratos que se propone licitar durante el año siguiente.

e) El deber de información: El Protocolo exige que los Estados Parte publiquen y pongan a disposición de los interesados cualquier ley, reglamentación,

resolución, procedimiento de aplicación específica y cláusulas modelo relativas a contrataciones públicas (art.10.3.), salvo las informaciones cuya divulgación sea contraria a la seguridad o al interés público, o bien dañe los intereses comerciales de empresas públicas o privadas (art. 11). Respecto de las contrataciones en particular, ya hemos mencionado la directiva general contenida en el art. 17.3., en el sentido de que la información debe ser igualitaria (prohibiéndose la denominada "información privilegiada"), y hemos comentado también las disposiciones relativas a la publicidad de los avisos de licitación. Por último, queda por considerar lo relativo a la publicidad de los resultados de las licitaciones, cuya "efectiva divulgación" impone el art. 26.1. Esta obligación debe cumplirse poniendo a disposición de los interesados "toda la información relativa al procedimiento de contratación y, en especial, a los fundamentos de la adjudicación y de las características relativas de la oferta ganadora", a lo que se suma la publicación en el diario oficial u otros de fácil acceso para los proveedores, prestadores y demás Estados Partes de toda la información relacionada con el contrato que se firme: nombre del favorecido, valor, plazo, objeto y tipo de contratación utilizado (art. 26.4. y 26.3.).

Cabe destacar que este deber de información comprende también, y sin lugar a dudas, a las contrataciones directas, como claramente surge de la mención del "tipo de contratación utilizado" en la norma antes citada. Estas prescripciones son concordantes con las previstas en la Unión Europea, el NAFTA y la OMC. Desde luego, todo ello sin perjuicio de la notificación personal que se debe efectuar de los actos administrativos relacionados con los proponentes, como, por ejemplo, los de exclusión o rechazo de oferta, con sus fundamentos.

f) Reglas relativas a la recepción y apertura de ofertas y adjudicación de contratos: Por regla general, las ofertas deben presentarse por escrito, asegurándose la confidencialidad hasta la apertura, luego de la cual sólo podrán corregirse los errores de forma no sustanciales, siempre que no se alteren las condiciones de competencia. La apertura debe realizarse en acto público, pudiendo los participantes hacer constar sus observaciones (arts. 24.1., 24.3. y 24.5.). En lo relativo a la adjudicación, el Protocolo establece que debe recaer en la oferta "más ventajosa, de acuerdo con los criterios específicos de evaluación establecidos en el pliego" (art. 25.1.). Esta precisión acota notablemente los márgenes de apreciación discrecional de los adjudicadores, puesto que, como hemos recordado antes, los pliegos deben contener los "criterios de evaluación de las ofertas, incluyendo cualquier otro factor diferente del precio", con "una clara explicación de la fórmula de ponderación de los factores" (art. 23.1.k]), facilitando el ulterior control de legitimidad sobre los actos, ya sea por recursos o acciones de los proponentes o por la actuación de oficio de los órganos de control. En definitiva, se trata de una fórmula semejante a la empleada en el derecho comunitario europeo que, al referirse a los *criterios de adjudicación,* se remite al del precio más bajo u oferta económicamente más ventajosa, sobre la base de parámetros obje-

tivos y publicados. En relación con las ofertas consideradas "inviables", por ejemplo, por contener precios muy bajos, se indica que antes de la desestimación, la entidad podrá verificar si el proponente está en condiciones de cumplir el contrato (art. 25.4.), propendiendo a que no se opere el rechazo automático por inconveniencia en estos casos.

Un aspecto central del Protocolo, respecto de la adjudicación en caso de participar proponentes extrazona, es la norma contenida en el art. 25.6. Dispone que "Las ofertas de bienes, servicios y obras públicas de los Estados Partes gozarán de una preferencia en las contrataciones públicas respecto a las de extrazona", dando oportunidad a los beneficiarios del Protocolo de igualar la mejor oferta, siempre y cuando la diferencia no sea superior al 3%, conforme el criterio de evaluación de las ofertas. Esta disposición, claramente, crea un sistema de "preferencia Mercosur", semejante al existente en los regímenes de "compre nacional", pero ampliada a la totalidad del espacio económico regional. En sentido concordante, se otorga una preferencia en la adjudicación a los proponentes de los Estados Partes en caso de empate de ofertas (art. 25.7.a.). En caso de empate de ofertas entre oferentes de los Estados Parte, se solicita una nueva propuesta de precio y en caso de que fracase este intento, se resuelve a través de un sorteo (art. 25.7.b]).

15. **El control de legalidad y los medios de impugnación**

Este aspecto, que consideramos central para la efectiva vigencia de las disposiciones que hasta aquí se han reseñado, tiene en el Protocolo un tratamiento particularizado, aunque insuficiente. Por una parte, establece que las controversias entre los Estados Partes en relación con su aplicación, interpretación o incumplimiento, se regirá por los mecanismos de solución vigentes (art. 29). Por la otra, respecto de los derechos e intereses de los particulares, dispone que cada Estado Parte aplicará los procedimientos de recursos, impugnaciones o denuncias accesibles a todo interesado, que les aseguren la defensa de sus intereses. En este sentido, los Estados Parte se obligan a permitir la presentación de reclamaciones en cualquier etapa del procedimiento de contratación, a su consideración en forma oportuna e imparcial, a asegurar a cualquier interesado el derecho a manifestarse antes de tomar la decisión, señalando que nadie puede ser impedido de acudir a otra instancia, una vez agotadas las administrativas (arts. 27.1., 27.2. a], b], c] y d]). Esta breve referencia a la fundamental cuestión de la impugnabilidad y control de las decisiones ilegítimas de los órganos y entidades comprendidas en el ámbito subjetivo del Protocolo, se complementan con la enunciación de dos principios: uno de juridicidad, al exigirse en el art. 10.4. que las medidas que afecten a las contrataciones públicas sean administradas "de manera razonable, objetiva e imparcial", y otro de recurribilidad, al disponer el art. 10.5. que cada Estado Parte "mantendrá o establecerá instancias o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos con vistas a solucionar los eventuales conflictos en materia de contrataciones gubernamentales".

Si bien tales previsiones normativas no pueden calificarse de incorrectas, son absolutamente insuficientes para resguardar de manera eficaz el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo frente a las eventuales, y casi inevitables, violaciones cometidas por los funcionarios de los Estados Partes que administrarán su aplicación. Para fundamentar esta afirmación, basta con remitirse a la aleccionadora experiencia de la Unión Europea, a la que antes se ha hecho mención, ordenamiento en el cual los Estados miembros acudieron con gran frecuencia a ardides y prácticas inapropiadas para no cumplir las Directivas comunitarias. El fraccionamiento indebido, la información incompleta, la inclusión de cláusulas discriminatorias, la falta de publicidad, la contratación directa antijurídica, las especificaciones técnicas y normas de selección discriminantes, los criterios de adjudicación no objetivos y la ilegítima eliminación de ofertas, fueron moneda corriente, como manifestaciones muchas veces de la indebida introducción de sistemas de protección de oferentes nacionales, cuando no de prácticas corruptas o de la tendencia inveterada de la Administración a la arbitrariedad y la ilegalidad. En el ámbito europeo, frente al heterogéneo cuadro de medios de protección provisto por los ordenamientos nacionales (suspensión o no del acto, recursos de anulación, recurso administrativo previo o no, derecho público o privado, medidas cautelares restringidas, diversos enfoques sobre indemnización, etc.), los órganos comunitarios entendieron, como era obvio, que el control judicial de legalidad ejercido en tiempo oportuno era absolutamente imprescindible para el efectivo cumplimiento de las Directivas sobre contrataciones públicas.

Sobrevino entonces un cambio de gran significación, que debería ser tomado en cuenta en nuestra región. No sin razón se ha considerado que la modificación más sustancial operada en el sistema de la Unión Europea provino de las célebres Directivas sobre *"recursos"*, las 665/1989 y 13/1992, que registraron y resolvieron la necesidad de disponer, como dice el considerando 3° de la primera, *"un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y..., para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario"*, obligando a los Estados miembros a crear vías judiciales efectivas que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones emergentes del sistema de contrataciones públicas. Estas medidas debían garantizar no sólo la recurribilidad de las decisiones de los poderes adjudicadores de la manera más eficaz y rápida posible, sino también que pudieran adoptarse mediante procedimientos de urgencia medidas provisionales para corregir las infracciones o impedir que causaren perjuicios Asimismo debían asegurar que fuera posible que se anularan o hacer que se anularan las decisiones ilegales, incluida la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias, y que se pudiera conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por las infracciones.

Los derechos nacionales europeos han incorporado paulatinamente a sus ordenamientos remedios procesales que cumplen adecuadamente esas exigencias.

Además, como cierre del sistema de defensa de la legalidad, no debe perderse de vista que el derecho comunitario permite también un procedimiento de actuación de oficio de la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por las atribuciones que le son propias, en caso de infracciones manifiestas del derecho sobre contratos públicos, que termina en una sentencia declarativa sobre la infracción cometida. Pero como en los hechos este remedio resultó ineficaz, dada la lentitud de las etapas del procedimiento, la evolución más interesante en sentido progresista consistió en las solicitudes de medidas cautelares por parte de la Comisión ante el Tribunal de Justicia, junto con la acción declarativa, peticiones que han sido admitidas a partir del año 1988 en algunos casos, disponiéndose la suspensión de la adjudicación de contratos hasta que se dictara la sentencia que pondría fin al asunto principal (Asunto 194/1988-R, "Comisión v. Italia", Rec. 1988, ps. 5647 y ss.), y aún de contratos ya adjudicados (Asunto C-272/1991-R, "Comisión v. Italia", Rec. 1992, ps. I-457).

Desde luego que es fundamental para la vigencia de las normas comunitarias sobre contrataciones públicas el llamado "efecto directo" del derecho comunitario y su supremacía respecto de los derechos estatales, que conlleva la obligación de los jueces nacionales de aplicarlo y de interpretar el derecho local de acuerdo con sus principios. Corresponde hacer notar que también los textos del NAFTA y de la OMC incluyeron capítulos sobre *"procedimientos de impugnación"*, imponiendo que la queja o cuestionamiento de los proveedores y prestadores se considere en forma oportuna e imparcial, sin impedirse que se inicie un procedimiento de impugnación u otro remedio.

La situación es ciertamente distinta en la órbita del Mercosur. Las tardías quejas de los Estados Partes por incumplimientos del Protocolo deberán tramitar por ahora según el sistema que estableció el Tribunal Arbitral de Revisión, que funcionará en Asunción e intervendrá por apelación contra los laudos de los tribunales *ad hoc*, según lo dispuesto por el Protocolo de Olivos del año 2002, que introdujo cambios al Protocolo de Brasilia, y que fuera aprobado por el Congreso. El incumplimiento de los laudos permite solamente una nueva intervención del Tribunal o la aplicación de medidas compensatorias, consagrando, como se advierte, un sistema completamente ineficaz para preservar el acatamiento leal al Protocolo.

Por otra parte, la posibilidad de reclamos de los interesados es casi teórica, por cuanto están sometidos a un complicado y penoso trámite, con la intervención de la sección nacional y del Grupo Mercado Común, procedimiento que les impone en la práctica recurrir a las instancias judiciales nacionales, con el consiguiente perjuicio para el desarrollo del bloque regional, frente a la dispersa interpretación del derecho Mercosur por parte de tales tribunales. De todas maneras, y con un enfoque optimista, cabe esperar que en el año 2006 se adopte, tal como ordenan los tratados, el Sistema Permanente de Solución de Controversias, y que se aproveche tal ocasión para remediar las deficiencias actuales en la materia.

Mientras tanto, considero que los ordenamientos nacionales no ofrecen al día de hoy una protección oportuna y eficaz para hacer cumplir las normas de apertura, legitimidad y no discriminación que hemos reseñado. Las exigencias para la habilitación de la instancia judicial, la lentitud del procedimiento, la limitación de las medidas cautelares y la aplicación intensiva por parte de la Administración de la política de los "hechos consumados", hacen que las decisiones sobre la ilegalidad de los procedimientos de contratación se transformen en cuestiones de larga tramitación, se tornen abstractas porque el contrato cuestionado ya se ha ejecutado, o se conviertan en una hipotética reclamación de daños y perjuicios. Todo ello indica que no son el remedio adecuado, rápido y eficaz que se necesita.

Para suplir estas deficiencias, los Estados Partes deberían examinar seriamente la posibilidad de establecer cada uno un tribunal colegiado y de instancia única especializado, con competencia material exclusiva sobre los puntos cubiertos por el Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur. El Tribunal debería aplicar un procedimiento abreviado, sin agotamiento de la instancia administrativa, que le permita conocer en los reclamos de los interesados respecto de los actos preparatorios, de trámite y de adjudicación de contratos, que se entiendan lesivos a las normas del Protocolo, con amplias facultades, siguiendo los lineamientos del derecho comunitario europeo, tanto de anulación —inclusive de cláusulas ilegítimas de los pliegos y especificaciones— como en materia de medidas cautelares, para disponer la suspensión de licitaciones, procedimientos de contratación directa, adjudicaciones y contratos firmados, hasta que se resuelva, en un plazo breve, la cuestión de fondo. Consideramos que una medida de esta naturaleza mostraría la buena fe de las Partes y la intención seria de cumplir con el Protocolo.

De lo contrario, se seguirían minando los fundamentos del Mercosur, que como dijo recientemente, y no sin razón, el jefe de la misión negociadora de la Unión Europea, Karl Falkenberg, tiene más de visión que de realidad. Si bien esta afirmación estuvo motivada por las discusiones particulares acerca de los escollos que existen para la libre circulación de los bienes dentro del área por ausencia de reglas comunes y por la morosidad en disponer medidas de liberalización del sector de servicios, lo cierto es que la realidad general muestra un cuadro muy desalentador, que le otorga a la afirmación un fundamento mas amplio. Según fuentes oficiales, entre 1991 y 2003 sólo entró en vigencia el 47% (otras fuentes hablan del 30%) de las decisiones que tomó el Mercosur en su nivel ejecutivo. Normas como el Código Aduanero, aprobado en 1994, todavía no se aplica, mientras que las demoras en la ratificación parlamentaria de normas de suma importancia, como las atinentes a la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, se miden por años.

Teniendo en cuenta esta penosa experiencia, es lícito preguntarse cuál puede ser el grado de cumplimiento del Protocolo de Contrataciones Públicas si es

que se llega a ratificar dentro de un plazo razonable por al menos dos países, que es condición de su vigencia; si no existe una protección judicial rápida y eficaz contra las ilegitimidades y argucias que se utilizarán para eludirlo. Nos aventuramos a pronosticar que, en ese caso, el grado de cumplimiento será mínimo. Si no se cuenta con un tribunal que se expida rápidamente sobre esos incumplimientos, el Protocolo será una de las tantas decisiones plausibles que no se cumplen, comprometiendo la credibilidad del acuerdo regional ante el mundo, además de abonar, con otro ejemplo elocuente, el juicio negativo que existe sobre nuestra debilidad institucional. Si no se corrigen estas deficiencias, tal como no hace mucho expresara el jurista español Manuel Torrent, ex director del Servicio Jurídico del Consejo de Ministros de la Unión Europea y uno de los redactores del acuerdo marco firmado entre el Mercosur y la Unión Europea, "El Mercosur corre el riesgo de convertirse en un proceso irrelevante tanto para los dirigentes políticos como para los empresarios y los ciudadanos". Hagamos entonces lo posible para que ello no suceda.

16. Como se advierte a través de lo que llevamos dicho, el derecho de la contratación pública y los mecanismos para su eficiente aplicación en zonas económicas abiertas se ha convertido en uno de los ámbitos de mayor importancia en el derecho público actual o, más acertadamente, en el *"derecho de lo público"*, y exige una severa adecuación institucional y doctrinaria, y una atención especial a los respetables conflictos de intereses que produce.

En efecto, debe tenerse en cuenta que tal régimen exige en primer lugar el cruce de múltiples instituciones, poniendo en crisis y discusión algunos de los dogmas con los que nos hemos manejado en los ámbitos del derecho interno, y fundamentalmente en el administrativo. Los escenarios donde lo público y lo privado se entremezclan y las distinciones se vuelven borrosas son, por ejemplo, la distinción entre personas públicas y privadas, y la diferencia entre los contratos públicos y privados de la Administración. Por otro lado, el derecho internacional y el nacional se interrelacionan posibilitando la construcción de un derecho común donde hasta ayer el Estado era soberano.

De tal forma, estos sistemas potencian y elevan a la categoría de obligación internacional de los Estados contar con sistemas de control judicial como garantía de sus principios y objetivos, ya que aparecen como componentes necesarios de todos los cuadros normativos la posibilidad de impugnación rápida, directa y efectiva, de lograr medidas precautorias y de controlar a fondo la discrecionalidad de los órganos administrativos. Ello, obviamente, genera un potencial conflicto con la conocida tendencia de la Administración a limitar y resistir la injerencia externa en sus decisiones.

También debe considerarse que transitamos un terreno en que los intereses públicos se vinculan con los intereses económicos privados, confesables o no, entrecruzados con políticas públicas de promoción de la industria y del empleo, convirtiéndose toda regulación en la materia en un derecho sensible a la opinión

pública, que debe contar con una amplia y leal información sobre las costos y beneficios del sistema adoptado y su gradual ampliación, para que en el debate puedan todos los interesados tener una intervención útil.

17. La elaboración de la práctica social, como efectivo cumplimiento del derecho, no resultará, en materia de contrataciones, por consiguiente, una empresa fácil dentro del Mercosur, como no lo fue en la Unión Europea. La experiencia de esta última, donde por más de treinta años han debido enfrentarse dificultades que parecían insalvables, que sólo se superaron por medio de su particular régimen de *derecho comunitario*, a través de Directivas y fallos del Tribunal de Justicia, así lo indica.

En tal sentido, no debe perderse de vista que el derecho a que nos estamos refiriendo está destinado en gran medida a disciplinar a Administraciones acostumbradas a sus propias reglas y prácticas, con el objetivo no siempre entendido ni aceptado de hacer prevalecer —reitero— *la vigencia de un principio traído del derecho privado: garantizar la competencia no falseada entre bienes y empresas de distinto origen nacional*. Cabe agregar, una vez más, que lo que fundamentalmente garantiza la *"apertura de la contratación pública"*, con indiferencia de la aplicación del derecho administrativo o privado, la dualidad jurisdiccional o el sistema de ejecución de los contratos, es la competencia abierta, haciendo prevalecer con ese fin la transparencia, la objetividad, la publicidad y la no discriminación.

Por otra parte, no debe olvidarse que el régimen común para la contratación pública tiene como finalidad primaria contribuir a la constitución de un mercado común, objetivo que debe guiar los criterios de interpretación aplicables a las posibles situaciones conflictivas. La consagración en el área del Mercosur de la apertura y la competencia sin discriminaciones por razón de la nacionalidad, mediante la preservación de la transparencia y la corrección de los procedimientos, cumplirá así con los fines del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto, sin perjuicio de que sea también funcional para el cumplimiento de los objetivos de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

De tal manera, se tornan trascendentes criterios de interpretación donde lo teleológico se vuelve decisivo, fulminando cualquier intento curialesco de eludir las reglas de la transparencia y no discriminación. La práctica administrativa y judicial deberá otorgar a los tratados y a sus principios el *"efecto útil"* a que se ha referido la jurisprudencia europea, a fin de conseguir los objetivos deseados. En las decisiones que se adopten y en el comportamiento de los órganos administrativos y jurisdiccionales de las partes se vislumbrará la buena o mala fe de los Estados Parte en el cumplimiento de los compromisos asumidos, ya que tendrán que ajustar las técnicas de control de la discrecionalidad de sus funcionarios, con aplicación de los principios del Protocolo, unidos a los fundados en los hechos determinantes, el fin público y los principios generales del derecho.

Este régimen, por tales razones, estará en constante evolución, porque es dinámico por naturaleza. Exige una adaptación permanente de los derechos nacionales y de las prácticas administrativas que se utilicen en la convocatoria a procedimientos de selección, en la redacción de pliegos y especificaciones técnicas, en la adopción de criterios de adjudicación y en la regulación de las modalidades del control interno y judicial de tales medidas.

Es importante destacar, en este punto, que ante la ausencia de un sistema jurisdiccional supranacional en el Mercosur, será de importancia decisiva la tarea de las Cortes Superiores de cada Estado en la formulación y recepción de los principios generales, con especial aplicación a los contratos públicos: igualdad y no discriminación, derecho de defensa con aceptación de medidas cautelares, necesidad de motivación de las decisiones y control amplio de la discrecionalidad.

REGÍMENES DE CONTRATACIONES GUBERNAMENTALES EN ESPACIOS INTEGRADOS

por Ismael Mata*

I. La integración

A modo de comentario introductorio quisiera señalar el alcance que le asignaré a los conceptos de "espacios integrados", ya que considero como tales no sólo la pertenencia a regiones asentadas en la contigüidad geográfica o en la comunidad cultural, sino a la participación en organizaciones cuya competencia genera vínculos sistémicos entre tres o más países y, en tal sentido, me apresuro a aclararlo, constituyen espacios de tal índole, los generados por la Organización Mundial del Comercio e incluso por los Tratados Bilaterales de Protección de las Inversiones Recíprocas (TBI), en la medida que contienen la cláusula de "nación más favorecida".

En una primera etapa de su historia la comunidad internacional se pone en marcha basada en los principios de la cooperación y la conservación en plenitud de las potestades estatales (o inalterabilidad de la soberanía), que dejaba librado a la buena voluntad de los gobiernos el cumplimiento de los compromisos asumidos.

La integración, en cambio, supone el ingreso a un nivel de mayor compromiso, en el que los Estados "transfieren" —no "delegan" como impropiamente expresa la Constitución Nacional después de la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 24)— parte de sus atribuciones a instituciones que pueden tomar decisiones obligatorias, tanto para los Estados-Parte del tratado como para los habitantes de ellos, estableciéndose un sistema jurídico de carácter supranacional, con órganos competentes para generar un derecho comunitario derivado, constituido por las normas jurídicas con sustento en las originarias propias del tratado fundacional.

Como sostiene el Tribunal de Justicia Europeo, "el derecho comunitario constituye un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros" (caso "Costa v. Enel", 1964), agregando en otro pronunciamiento ("Van Gend and Hous", 1963) que se trata de un nuevo orden por el cual "los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos sobera-

* Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, Facultad de Derecho, UBA.

nos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales". Y esta posibilidad de los habitantes de acudir a los jueces de su país invocando las normas comunitarias es lo que el Tribunal referido ha calificado como su "efecto directo", distinguiéndolo del principio de "aplicación inmediata", que implica la inserción automática de la norma comunitaria en el sistema interno, sin necesidad de "recepción" o "incorporación" a éste, y con jerarquía superior a la de las leyes ordinarias, como lo declara en forma expresa nuestra Constitución en el art. 75, incisos 22 y 24.

II. Niveles de integración

Un primer avance sobre el tema requiere identificar las distintas modalidades de un proceso de integración, en función de su grado de intensidad y, al respecto, pueden distinguirse los estadios siguientes:

1) Zona de libre comercio, configurada por un ámbito común tendiente a la circulación sin restricciones de bienes y servicios, tratándose de eliminar o atenuar los derechos aduaneros y de suprimir los obstáculos o barreras extraarancelarias, como las limitaciones cuantitativas, los subsidios a la exportación o las reservas de mercado.
   Los Estados-Parte del acuerdo aspiran a llevar a cero los derechos aduaneros entre sí, pero mantienen la libertad de fijarlos frente a terceros países.
   Tal fue el modelo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que se constituyó mediante el Tratado de Montevideo en 1960, inspirado en la doctrina de la CEPAL (Comisión de Estudios para la América Latina) sobre sustitución de importaciones y como respuesta a la necesidad de constituir una asociación regional que pudiera atenuar el impacto de las reglas de libre comercio del GATT sobre las economías de los países en desarrollo.
   El Tratado versaba exclusivamente sobre el comercio de bienes —no incluía los servicios— y tenía el objetivo de eliminar los gravámenes y las restricciones de cualquier naturaleza que alcanzaban a los productos originarios de los países miembros. Para ello se elaboraron dos listas de bienes: la "nacional", integrada por ofertas revocables de los países, y la "común", con concesiones definitivas e irrevocables.
   El Acuerdo contenía también la cláusula de "nación más favorecida", por la cual cualquier ventaja, franquicia o privilegio, que un país otorgase a otro sería trasladable en forma automática e incondicionada al resto de las partes contratantes.
   La experiencia de ALALC fracasó básicamente por razones políticas, ya

que cada país se resistió a flexibilizar sus aranceles, emprendiendo una agresiva política de sustitución de importaciones.

La transformación de la ALALC en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en 1980, trató de desarrollar el proceso de integración por un cauce de mayor realismo, a través de negociaciones graduales, sin sujeción a plazos y con incorporación de acuerdos bilaterales entre los países miembros.

En este nuevo marco se insertaron las iniciativas sobre negociación de servicios y contratos del Estado, que examinaré más adelante.

2) Un segundo paso en la integración está configurado por la "Unión Aduanera", que suma al funcionamiento del área de libre comercio un arancel externo y una política comercial comunes frente a terceros estados. En este esquema se advierte una transferencia de potestades aduaneras hacia los organismos comunitarios y, como ejemplos en América latina, pueden señalarse el Grupo Andino, constituido mediante el Acuerdo de Cartagena de 1969, así como el Mercado Común Centroamericano y la Comunidad del Caribe (CARICOM).
3) Un tercer nivel en la integración está dado por el "mercado común", que a los rasgos anteriores incorpora la libre circulación de capitales y personas; en los términos del Tribunal de Justicia Europeo, se caracteriza por "la eliminación de todas las trabas a los intercambios intracomunitarios con vistas a la función de los mercados nacionales en un mercado único que funcione en condiciones lo más similares posibles a las de un verdadero mercado interior".

   Este tipo de mercado es el que se aspira a conformar con el Mercosur, creado en 1994 a través del Tratado de Asunción, mediante la creación de una zona de libre comercio y una unión aduanera imperfecta, por cuanto hay bienes sujetos al pago de derechos.
4) Por último, el grado de integración más intenso es el de la comunidad económica, ya que, además de la unión aduanera y la libre circulación de factores productivos, se adoptan políticas monetarias y fiscales comunes, y, en general, se coordinan las restantes políticas macroeconómicas.

   Tal es el caso de la Unión Europea y, en ese marco, resulta natural que se fijen principios y reglas comunitarias para los contratos del sector público.

   No obstante, pese a una declarada voluntad de integración, con frecuencia los países tratan de eludir las reglas restrictivas que imponen los acuerdos comunitarios, como el caso de Inglaterra, donde el Departamento de Energía acordó con la "Asociación de Operadores Costa-Afuera del Reino Unido" (UKKOA) a través del memorando de fecha 3/11/75, revisado el 2/2/81, que el mencionado Departamento se obligaba a asegurar la

máxima participación posible de las empresas de la comunidad en la provisión de bienes de la industria de hidrocarburos "Costa Afuera" y, recíprocamente, los miembros de la Asociación se comprometieron a utilizar bienes y servicios de origen británico cuando resultaran competitivos en cuanto especificaciones, calidad, plazo de entrega y precios. El Gobierno expresó el propósito de que la industria manufacturera del Reino debía proveer, sobre bases competitivas, una parte mayoritaria y progresivamente creciente de los bienes requeridos para el desarrollo de su plataforma continental y el establecimiento de un creciente mercado de exportación.

III. Las políticas del "compre" y del "contrate"

Veamos ahora cómo se articulan las políticas de contratación del Estado con la pertenencia a espacios integrados, a través del comentario del "compre" y el "contrate".

Después de la Segunda Guerra Mundial el Estado adoptó políticas selectivas en la celebración de sus contratos, tendiendo a vincularse con las empresas que ofrecían mayor seguridad integral, es decir, en los aspectos jurídicos (v. gr., cumplimiento de contratos anteriores), técnicos y económico-financieros. En concreto, las políticas referidas se tradujeron en progresivas restricciones en la participación, que transformaron el principio de amplitud de la concurrencia, regulador de la selección, en una verdadera concurrencia "calificada", admitiéndose sólo a quienes ofrecían garantías mínimas en los aspectos señalados.

En esa línea se crearon los registros de contratistas, tanto generales como propios de cada entidad descentralizada, empresa o sociedad estatal, pero las limitaciones para participar en los contratos del Estado no sólo estuvieron inspiradas en la finalidad de obtener prestaciones de mayor calidad y en condiciones de seguridad, sino también en razones de fomento o de promoción económica, valorándose éstas más intensamente a medida que se acentuaba la intervención del Estado en la economía y aun en ciertos casos, quedando subordinados los valores de seguridad y calidad a los objetivos del desarrollo económico o la promoción sectorial.

Con el advenimiento de la Reforma del Estado y sus políticas conexas de privatización y desregulación, fue revalorizado el principio de competencia y se atenuaron los criterios propios del intervencionismo (v. gr., en nuestro país, supresión de los registros de proveedores y de consultores, suspensión de los regímenes de "compre" y "contrate", etc.).

Recientemente, como reacción a la crisis recesiva que afecta nuestra economía, se reimplantaron las políticas de protección de la industria y de las empresas nacionales, conforme con lo dispuesto por la ley 25.551, denominada "Compre trabajo argentino".

En concreto, las referidas políticas de protección vinculadas con el poder de compra o de contratación del Estado pueden agruparse y caracterizarse del siguiente modo:

1) Las que actúan sobre el diseño de la demanda del sector público (también se las conoce como de "configuración" o de "preinversión") que son previas al llamado de los oferentes para celebrar un contrato específico. Tal es el caso de las denominadas políticas de "desagregación", como la separación entre: proyecto y obra, partes componentes de un proyecto, obra y financiamiento, tecnología "medular" y "periférica" (esta última adoptada en el marco de la comunidad andina), etcétera.
2) Las que vedan o condicionan la participación de las empresas extranjeras, v. gr., reserva de mercado y obligación de asociarse con empresas nacionales.
3) Las que se siguen en la adjudicación de los contratos y que consisten en tratamientos de carácter preferencial, v. gr., en favor de las empresas "locales de capital interno" (art. 12, ley 18.875), o de los bienes de origen nacional (decreto-ley 5340/63).

En la década de los ochenta, la ALADI, a partir de la política de orientación del poder de compra del Estado, elaboró diversas iniciativas tendientes a su utilización como factor de integración entre los países miembros, con lo cual introdujo el tema de los servicios en el marco de un Tratado diseñado básicamente para la negociación sobre bienes. En tal sentido, se proyectaron acuerdos de alcance general y parcial relativos a las contrataciones de suministros, obras públicas y servicios de consultoría por el sector público, estableciéndose márgenes de preferencia o protección a favor de los bienes o empresas locales, frente a los de terceros países, con diferentes niveles según el grado de desarrollo económico relativo de cada país miembro (política de equidad prevista en el Tratado de Montevideo de 1980).

Con la adopción de las políticas de Reforma del Estado y de privatización, los referidos proyectos no se concretaron; sin embargo, en el próximo año, en la agenda de ALADI, se analiza incluir el tratamiento de los contratos públicos.

IV. La Organización Mundial del Comercio (OMC, ex GATT)

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) es un tratado multilateral que entró en vigor en 1948 y que tiene por objeto estimular el comercio mundial a través de su liberalización y la reducción de los obstáculos al intercambio, para lo cual adopta un Código de normas y un "foro" o ámbito de discusión donde los países pueden negociar para ampliar el comercio recíproco.

El principio básico que regula el Acuerdo es la cláusula de la "nación más favorecida", acompañado de otro que establece que la protección de la industria nacional debe tener lugar a través de un arancel aduanero y no con medidas extraarancelarias (subsidios, permisos de importación, etc.), con lo cual se aspira a hacer transparente el grado de protección de los bienes nacionales y de ese modo facilitar la competencia y el comercio internacional.

No obstante, los acuerdos en el marco del GATT permiten excepciones a dichos principios en favor de los países en desarrollo, a través de un trato diferenciado y más favorable.

Asimismo, los principios señalados se consolidaron después de la Ronda Uruguay de negociaciones, que apuntó básicamente a la liberalización del comercio de servicios y que transformó el foro del GATT en la Organización Mundial del Comercio.

De acuerdo con el objetivo de eliminar las trabas extraarancelarias al comercio, y como uno de los resultados de la Ronda de Tokio (1973-1979), en el ámbito del GATT se elaboró un Acuerdo sobre Compras del Sector Público, estableciéndose reglas detalladas sobre el modo en que el sector público debe proceder a la selección y adjudicación en la compra de bienes, de acuerdo con los principios de trato nacional y no discriminación. Las reglas se aplican a todos los contratos de compra de un valor igual o superior a 150.000 DEG, sin que se pueda dividir una convocatoria de licitación para reducir la demanda por debajo de ese valor.

El referido Acuerdo entró en vigencia el 1/1/1981, y su aceptación o adhesión es voluntaria para los países Contratantes del Acuerdo General. Cabe destacar que la Argentina no adhirió a dicho acuerdo.

V. Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

Las normas del Banco para la contratación pública de bienes y servicios que cuentan con su financiamiento son obligatorias para los prestatarios, de modo que su incumplimiento puede acarrear la suspensión o cancelación del préstamo. No obstante, las normas locales pueden ser aplicadas en forma supletoria.

Las "Políticas Básicas y Procedimientos de Adquisiciones del BID" permiten que en las licitaciones públicas internacionales para la adquisición de bienes se aplique un margen de preferencia a favor de los bienes nacionales y regionales de hasta un 18% del valor de la licitación. Se destaca que "el propósito de reconocer estos márgenes es alentar el desarrollo de la industria manufacturera doméstica o, en su defecto, regional en los países prestatarios".

Por su parte, el margen de preferencia regional se aplica en la comparación de ofertas de bienes de los países miembros del Banco con acuerdos regionales reconocidos por el Banco, frente a los bienes de países que no participen de di-

chos acuerdos. En tal sentido, el Banco reconoce los siguientes acuerdos subregionales o regionales de integración: a) Mercado Común Centroamericano; b) Comunidad del Caribe; c) Acuerdo de Cartagena, y d) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

VI. Banco Mundial

Cabe aquí la misma aclaración sobre la obligatoriedad de las normas de contratación que formulé con respecto al BID.

Los prestatarios de créditos del Banco pueden solicitarle un margen preferencial a favor de los bienes fabricados en el país, cuando se los compare con ofertas de bienes fabricados en el extranjero, de acuerdo con las condiciones del convenio de préstamo, y siempre que se especifique en los pliegos de la licitación. Con tal finalidad, las ofertas se agrupan en:

1) Ofertas de bienes nacionales con un valor agregado local superior al 30% del precio-fábrica.
2) Demás ofertas de bienes nacionales.
3) Ofertas de bienes provenientes del extranjero.

En cada grupo se establece un orden de conveniencia de las propuestas, y si la mejor de ellas pertenece a alguno de los dos primeros, se adjudica a favor de la misma; en cambio, si la mejor oferta se ubicara en el tercer grupo, se procede a una nueva comparación entre los bienes locales indicados en 1) y los bienes extranjeros, agregando a éstos, al sólo efecto de la comparación: a) el monto de los derechos de aduana y otros gravámenes de importación que un importador no exento tendría que pagar, o b) el 15% del precio CIF si tales derechos y gravámenes exceden del 15% de ese precio.

VII. Los Tratados Bilaterales sobre Inversiones (TBI)

La Argentina ha celebrado numerosos tratados bilaterales relativos a la protección recíproca de inversiones, cuyos beneficiarios son los "inversores" (una vez establecida su nacionalidad por medio de distintos indicadores) más que las "inversiones", estableciéndose en los tratados de este tipo una protección subjetiva reforzada a través de una enumeración amplia y no taxativa de los bienes y servicios que se consideran inversión, dentro de la cual se encuentran comprendidos los contratos administrativos y, en principio, las adquisiciones de bienes por el Estado a través del contrato de suministro.

Suelen contener dos clases de principios o "estándares": absolutos y relativos, incluyéndose entre los primeros el trato justo y equitativo, y la no discriminación; entre los segundos, el "trato nacional" y la cláusula de "nación más favorecida".

Con relación al trato "no menos favorable al nacional", a veces se introduce en los tratados la posibilidad de prever excepciones destinadas a preservar y promover la industria nacional; en cambio, en otros casos, nada se prevé sobre el punto, o bien se considera una infracción al estándar, la adopción de medidas que restrinjan la adquisición de materias primas y otros insumos.

Para la aplicación de los estándares también se emplea la distinción entre las etapas de admisión de la inversión y el tiempo posterior a ésta, restringiendo la aplicación del tratado a este último caso, aunque hay tratados que específicamente se refieren a la admisión, extendiendo a ésta sus previsiones de protección a la inversión.

Corresponde, asimismo, destacar que en algún caso se incluye la cláusula de "requisitos de desempeño" (*"performance requirements"*), que prohíbe la exigencia de que el inversor adquiera bienes o servicios de carácter local, requisito que confronta con la política de "compre".

Por último, debe señalarse que la cláusula de "nación más favorecida" incluida en los tratados permite que las ventajas reseñadas puedan ser exigidas por los inversores amparados por tratados que no las tienen previstas (multilateralización de los tratados), circunstancia que, a mi entender, por su efecto expansivo, constituye un claro factor de integración.

VIII. Conclusiones

1) Del análisis de los acuerdos de integración y sus normas derivadas en Latinoamérica se desprende que, en general, no se han configurado regímenes ni prácticas supranacionales para las contrataciones públicas. Puede señalarse una excepción reciente y es el caso del "Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur", de fecha 15/12/2003, que ha establecido reglas precisas con la finalidad de brindar a los proveedores establecidos en los Estados Partes, y a los bienes y servicios originarios de esos Estados, un tratamiento igualitario (no discriminatorio) en los procesos de contratación realizados por las entidades públicas, a través de las cláusulas de "nación más favorecida" y "trato nacional".
2) Por su parte, las legislaciones locales suelen adoptar políticas de protección para la adquisición de bienes y servicios por el sector público, consistentes en reservas de mercado y tratamientos preferenciales.
3) No obstante, tales políticas ceden frente a las cláusulas de nación más favorecida o de trato nacional, contenidas en los tratados de integración, y los bilaterales de protección de las inversiones recíprocas.

4) Sobre dichas bases, considero viable y conveniente que en el marco de los acuerdos regionales, los países de Latinoamérica establezcan tratamientos preferenciales entre sí para la adquisición de bienes y servicios por el sector público, frente a terceros países, y tales preferencias deberían fijarse en función del grado de desarrollo económico de cada Estado parte del acuerdo.
5) La orientación del poder de compra estatal puede servir como factor de desarrollo e integración y contribuye a mejorar la posición negociadora de la región.
6) El diseño jurídico orientado hacia tales fines se vería facilitado por la pertenencia de la mayor parte de los países latinoamericanos al sistema continental francés, traducida en regímenes de contratos públicos con principios y normas similares. Tal circunstancia permitiría coordinar las legislaciones locales en torno de principios comunes de publicidad, transparencia, concurrencia y trato igualitario en los procedimientos de selección y en las condiciones de los contratos que se celebren.

CAPÍTULO VI

ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

por TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El título dado a este panel enfatiza, inconscientemente supongo, las dificultades intrínsecas del tema que propone al incluir un sustantivo, las políticas, que *prima facie* apunta en una dirección contraria al objetivo perseguido: precisar el alcance del control judicial de las decisiones de las autoridades públicas. Y ello en un doble sentido, que me parece obligado precisar a los efectos de deslindar el campo del que aquí y ahora estoy en condiciones de ocuparme.

Por lo pronto, porque la expresión "políticas públicas" invoca inevitablemente al enojoso e inquietante fantasma del acto político, que durante tanto tiempo se ha esforzado en recortar el ámbito del control judicial de las decisiones de las autoridades administrativas. La nueva Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 13/7/1998 lo ha dejado felizmente fuera de la escena y, por lo tanto, yo también prescindo de él sin más.

Hay, sin embargo, una segunda dificultad, más grave y más seria que la anterior de la que el empleo de la referida expresión "políticas públicas" obliga a hacerse eco, aunque sólo sea para dejar constancia de las limitaciones con las que el control judicial de dichas políticas inevitablemente tropieza. Y es que las políticas públicas tienen su expresión y su punto de partida en las leyes, que son las que definen en todo caso los programas de acción que la Administración ha de desarrollar y los objetivos que ésta ha de perseguir mediante la puesta en juego de los poderes que al efecto la conceden, cuando no instrumentan ellas mis-

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

mas directamente las medidas que la mayoría que las aprueba considera en cada caso necesarias.

En ambos casos, el control posible de las leyes remite a un escenario particular, el de la justicia constitucional, que está plagado de limitaciones en razón de la deferencia que, según la opinión general, se debe al legislador en cuanto representante legítimo del pueblo soberano.

La diferente articulación de la justicia constitucional en la Argentina y en España me hace suponer que del debate que ahora se nos propone hay que excluir la parte del control de las políticas públicas que pudiera circular por este cauce específico, y que la atención habrá de centrarse, en consecuencia, en el estudio del control posible por el juez ordinario de la parte restante, esto es, de los reglamentos y, sobre todo, de los actos administrativos a través de los cuales, y en el marco de los programas previamente establecidos por el legislador, se instrumentan y concretan dichas políticas.

Delimitado el campo en estos términos, el problema planteado vendría a ser el del control judicial del ejercicio por la Administración de los poderes discrecionales que las leyes le otorgan para desarrollar las políticas que dichas leyes definen. Precisaré sólo en esta introducción que los textos constitucionales en general y, por supuesto, la Constitución Española nada dicen respecto de la amplitud de los poderes que el legislador puede otorgar a la Administración por esa razón, es muy poco lo que los jueces constitucionales han dicho también al respecto.

La jurisprudencia constitucional española ha rechazado ciertamente en la sentencia del 16/11/1981 sobre la Ley vasca del Centro de Contratación de Cargas aquellos preceptos legales que pretenden otorgar a la Administración una libertad de decisión absoluta e incondicionada, aunque lo ha hecho con argumentos laterales (que tales preceptos anularían totalmente la libertad de contratación del transportista así obligado a aceptar la carga que dichos preceptos autorizaban a la Administración incondicionalmente a imponerle), y no a partir de un análisis frontal de los límites constitucionales, si los hay, de los apoderamientos de carácter discrecional.

Algo más, sin duda: tenemos derecho a exigir por obligado respeto a la seguridad jurídica que la Constitución garantiza, seguridad contra la que directamente atenta una ley que otorga a la Administración un poder discrecional carente de toda referencia objetiva capaz de permitir el control efectivo de su ejercicio.

La sentencia del Tribunal Europeo de Justicia del 13/5/2003, producida en el procedimiento promovido por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, en solicitud de la declaración de incompatibidad con el Tratado de los arts. 2° y 3° de la ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas y de una serie de Reales Decretos que reservaban al Gobierno la facultad de some-

ter a autorización previa la venta de dichas participaciones (mecanismo autorizatorio conocido vulgarmente como la "acción de oro"), constituye un buen ejemplo de lo que acabo de decir. La sentencia en cuestión estima el recurso de la Comisión porque considera con todo acierto que, según los preceptos impugnados, "la intervención de la autoridad administrativa no queda sujeta en el presente caso a ningún requisito que restrinja la facultad discrecional de dicha autoridad", ya que tales preceptos no "proporcionan al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa", constatación que le permite al Tribunal concluir afirmando categóricamente que "dada la inexistencia de criterios objetivos y precisos en el régimen de que se trata, procede concluir que dicho régimen va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo invocado por el Gobierno español" (existencia de razones imperiosas de interés general ligadas a exigencias estratégicas y necesidad de garantizar la continuidad de los servicios públicos).

Esto es, sin embargo, lo que hay o, mejor dicho, lo que falta: una doctrina constitucional clara sobre la amplitud que el Legislador puede válidamente dar a los poderes, necesariamente discrecionales en alguna medida, que la Administración necesita para desarrollar las políticas que él mismo diseña. No es de extrañar, sin embargo, que esto sea así, habida cuenta de la historia, la larga historia, del poder discrecional, de la que, nos guste o no, somos herederos.

II. La percepción histórica del poder discrecional, su permanencia a través del tiempo y sus limitaciones

Basta, en efecto, con volver los ojos a la Historia para comprobar que el poder discrecional se ha percibido siempre como un poder libre y exento de controles externos desde que, hace ya siete siglos, H. de Bracton formalizara la primera sistematización de las funciones y poderes públicos con su célebre distinción entre *gubernaculum* y *iurisdictio*.

Las peticiones que entonces llegaban al príncipe se canalizaban *ab initio* o bien a los jueces cuando hacían referencia a cuestiones reguladas por las leyes del Reino, que el príncipe había jurado respetar, o bien a otros funcionarios cuando correspondían a los *iura regalia* del soberano, que, en ejercicio de su prerrogativa, podía rechazarlas o aceptarlas libremente y expedir en este último caso las correspondientes *lettere gratiae*. *Gratia* y *iustitia*, *gubernaculum* y *iurisdictio*, son conceptos comunes a todos los reinos europeos de la época, como testimonia, por lo que a nosotros concierne, el código alfonsino.

Baldo precisará, ya en el siglo XIV, los perfiles jurídicos de esta capital distinción entre una *potestas* que llama *extra-ordinaria* o *ab (lege) soluta*, li-

bre, por lo tanto de la ley, y una *potestas ordinaria* o *regulata, sub lege, reglée en justice*.

El esquema descrito permanece a lo largo del Antiguo Régimen bajo la nueva terminología *gubernativo* y *contencioso*, reflejo de la división orgánica de los Consejos de los Austrias en Salas de Gobierno y Salas de Justicia, que todavía es visible en la organización de nuestros Tribunales.

Y, lo que es más importante, salva también el gran hito de la Revolución con la célebre ley de separación de las autoridades administrativas y judiciales de 16 - 24 de agosto de 1790, que no es sino una ratificación formal de ese planteamiento tradicional. Toda la literatura jurídico-administrativa del siglo XIX, la francesa y la nuestra, recoge como un dogma la distinción entre lo que está reglado por la Ley y es susceptible, por lo tanto, de contienda judicial y lo que por ser expresión del mero imperio no puede ser objeto de contienda alguna. Lo discrecional es, por hipótesis, lo no contencioso.

De ahí arranca, como es bien sabido, la peculiar configuración de la justicia administrativa en Francia, una justicia excepcional, que parte de una formal prohibición legal dirigida a los jueces de interferir la acción de los cuerpos administrativos de cualquier forma que sea y que, por eso mismo, se organiza en el seno de la propia Administración, en la que el *Conseil d'État* se integra, porque *juger l'Administration c'est aussi administrer*.

Les ahorro a ustedes, como es natural, el recordatorio de la singular trayectoria del *excés de pouvoir*, ese recurso objetivo, inventado sin texto alguno de cobertura por el *Conseil d'Etat*, en interés de la propia Administración, en el que el ciudadano no es una auténtica parte procesal, sino un mero denunciante, con el que el Consejo, aprovechando las coyunturas favorables, va arañando por así decirlo el ámbito inicialmente exento de lo discrecional e ideando de forma episódica y oportunista técnicas concretas de control del ejercicio de ese poder que sigue entendiéndose, en principio, como un poder libre y exento, sólo por excepción susceptible de control.

Por impresionante que sea la obra histórica del *Conseil d'État*, la vieja percepción de lo discrecional permanece invariable. El *Conseil d'État* sigue, todavía hoy, "administrando" la vieja distinción, ahora bajo la fórmula legalidad-oportunidad, una fórmula cuya línea divisoria él mismo fija y cambia a voluntad en ejercicio de lo que la propia doctrina francesa no duda en calificar de "política jurisprudencial".

Al cabo de doscientos años todo sigue, pues, como al principio, por lo menos en el plano conceptual. Hay sí un impresionante acervo casuístico, cuyo manejo asegura ciertamente un nivel envidiable de garantías del ciudadano frente al poder, pero sigue faltando una teoría propiamente dicha acorde con los nuevos datos constitucionales, que hoy son, con toda evidencia, muy distintos.

III. El poder discrecional en el marco de la Constitución de 1798

La historia que acabo de resumir no encaja ya en el eje de coordenadas de la Constitución vigente, en la que, obviamente, no tiene cabida el viejo esquema de la ley revolucionaria de separación de las actividades administrativas y judiciales. El art. 106.2 de nuestra Norma Fundamental afirma exactamente lo contrario, esto es, que corresponde precisamente a los Tribunales controlar la legalidad de la actuación administrativa, término el de "legalidad" que debe entenderse aquí como sinónimo del de "juridicidad", supuesto que la propia Constitución en su art. 103 exige que la Administración actúe "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho" y, por lo tanto, también al principio general de interdicción de la arbitrariedad que proclama el art. 9.3, *in fine*, del propio texto constitucional. Es ese doble sometimiento a la Ley y al Derecho lo que corresponde controlar a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en ejercicio de una función jurisdiccional cuyo ejercicio no admite ya distinción alguna según el tipo de proceso ("en todo tipo de procesos", dice el art. 117.3 de la Constitución) y obliga a asegurar en todos ellos una tutela judicial efectiva y sin sombra alguna de indefensión.

El punto de partida ya no es la exención, sino la sujeción al control judicial de los actos discrecionales de la Administración, y ese control es ya un control normal, no excepcional, como lo ha sido históricamente. No es de extrañar, por lo tanto, que en este nuevo marco constitucional la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo advirtiera ya en los primeros "ochenta" la necesidad de acomodar al mismo la herencia recibida y de hacerlo a partir de esa capital distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad constitucionalmente proscrita.

IV. El origen de la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad en la jurisprudencia contencioso-administrativa española

Es un mérito importante de la jurisprudencia contencioso-administrativa —el mayor, sin duda, de su historia, no demasiado brillante, por cierto, hasta el inicio de la propia década en la que se produjo el proceso constituyente— el haber acertado a extraer del nuevo texto constitucional esta importante consecuencia y el haber sentado, al hacerlo, las bases de una nueva teoría del poder discrecional y de su control judicial. Ese mérito adquiere especial relevancia si se piensa que para ese logro nuestra jurisprudencia no contó con la colaboración de la doctrina jurídico-administrativa, que en aquellos primeros años de andadura constitucional estaba entretenida y empeñada en desentrañar las claves del nuevo Estado de las Autonomías que estaba entonces perfilándose al amparo del proceso de des-

centralización abierto —simplemente abierto, pero conscientemente indefinido— por la nueva Constitución.

El *leading case*, si se me permite decirlo así, es, a mi juicio, el relativo al recurso contencioso-administrativo promovido a propósito de la delimitación del ámbito territorial de la denominación de origen "Jerez - Xerez - Sherry", que resolvió la sentencia del 13/7/1984. En ella, el Tribunal Supremo parte de reconocer que el Reglamento de 2 de mayo de 1977 atribuye al Consejo Regulador la competencia para determinar el suelo "que considere apto" y que esta expresión "no puede tener otro sentido que el de una facultad indudablemente discrecional", pero, dicho esto, añade que

> [...] nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una cualidad que les haga inatacables, mientras que lo segundo (lo arbitrario) no tiene motivación respetable, sino —pura y simplemente— la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter indefinible y su inautenticidad.

de lo que, a la vista de la prueba practicada en autos, concluye que es

> [...] fácil advertir en el caso debatido que el Consejo Regulador rebasó los límites de la discrecionalidad al incluir únicamente en el Marco de Jerez los terrenos de Lebrija lindantes con los de Trebujena excluyendo todos los demás, a fin de evitar incurrir en la arbitrariedad en la decisión de tan importante y transcendental extremo.

En este párrafo están condensados, como ya he dicho, todos los elementos necesarios para elaborar esa nueva teoría del poder discrecional y de su control que tanto se echa en falta y que tan necesaria resulta, a mi juicio. Necesaria, ¿para qué? Me apresuro a aclararlo para evitar nuevos equívocos: *No para llevar más lejos el control judicial del ejercicio por la Administración de sus poderes discrecionales, ni, menos aún, para recortar el ámbito de despliegue de éstos*, que ha sido y es imprescindible, tanto en el clásico Estado liberal de Derecho (en el que, por cierto, también se hacían carreteras y se construían ferrocarriles, cuyo trazado no predeterminaban las Leyes reguladoras de aquéllas y éstos, que dejaban, como es lógico, su fijación a la libre decisión de la Administración), como en el actual Estado social de Derecho y en mayor medida —no me cuesta reconocerlo— en éste, que en aquél.

Más lejos de lo que ha llegado la jurisprudencia francesa del *bilan côuts-avantages* a partir del *arrêt "Ville Nouvelle Est"* del 28/5/1971 no es imaginable llegar. *La cuestión no es ir más lejos, sino marchar más seguro y no quedar a expensas de ninguna "política jurisprudencial"*. Para eso es necesaria, y sólo para eso, la reconstrucción teórica que desde hace años vengo proponiendo y que tan mal han entendido, sorprendentemente, aquellos de mis colegas que más se quejan y más claman contra el supuesto activismo de los jueces, que es, justamente, una de las expresiones posibles de la "política jurisprudencial", de la que, en mi opinión, debemos librarnos.

Vayamos, sin embargo, despacio y por partes, porque esa reconstrucción teórica no puede hacerse en dos patadas, como suele decirse vulgarmente.

V. Discrecionalidad o arbitrio legítimo

La discrecionalidad no es ya un ámbito libre por definición de la ley, que surge cuando *the law was silent*, como decía Locke, y opuesto, por definición también, a la jurisdicción, como se entendió durante siglos. Como acertó a decir con insuperable expresividad la Exposición de Motivos de la benemérita Ley Jurisdiccional de 1956 "ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto a la cuestión de fondo", sino que surge, precisamente, cuando la ley "atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un aspecto dado, lo que sea de interés público", esto es, "por *delegar* (la ley) la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trate".

Discrecionalidad es, pues, arbitrio, esto es, facultad de adoptar una resolución con preferencia a otra u otras posibles que la ley otorga a una autoridad dentro de unos márgenes que la propia ley fija. Resulta, pues, de una norma, que deliberadamente, bien porque no puede resolver por sí misma de una sola vez todos los conflictos a los que con carácter general se refiere, o bien porque considera más conveniente no hacerlo, delega en las autoridades llamadas a aplicarla la búsqueda de la solución más adecuada a las circunstancias de cada caso.

El ordenamiento jurídico administrativo está lleno de normas de este tipo, esto es, de normas de fin, ya sean reglas en sentido propio o simples principios, que, a diferencia de las normas de acción, no predeterminan la conducta a seguir, sino sólo el fin a alcanzar, dejando en consecuencia libertad para elegir el medio más idóneo para lograrlo. Normas semejantes las hay también en abundancia en el ordenamiento privado. En el Código Civil, sin ir más lejos, hay un buen número de ellas, como es notorio, que otorgan al juez facultades "para la apreciación circunstancial a que la ley no alcanza", por decirlo con las propias palabras del Diccionario de la Real Academia. Las hay, en fin, en la propia Constitución, todas las del Capítulo III del Título I por lo pronto, dirigidas a todos los poderes públi-

cos y, en primer término, al propio legislador. Desde el punto de vista estructural no hay diferencia alguna en razón del sujeto beneficiario del apoderamiento. En todos los casos, el fenómeno al que las normas de fin remiten es el mismo: una delegación expresa referida a la elección del medio para alcanzar el fin que la norma propone.

La siguiente cuestión a analizar concierne a la amplitud de esa delegación, de ese margen de libertad conscientemente otorgado por la norma a la autoridad competente para aplicarla. Esto ya no es sólo una cuestión estructural, sino fundamentalmente de densidad de regulación, que obviamente varía de una norma de fin a otra.

El *quantum* de la discrecionalidad depende, ciertamente, de la estructura finalista de la norma, porque el fin que ésta propone condiciona y limita seriamente *per se* la libertad de elección de los medios que la norma concede y ello aunque el texto literal de la misma parezca *prima facie* otorgar una libertad total al no hacer referencia alguna a los medios, ni establecer criterio alguno para la elección de uno concreto. El ejemplo bien conocido de Dworkin de la orden que el oficial da a un sargento para formar una patrulla de soldados admite muchas variantes en razón del objetivo que persiga esa orden, aunque el tenor de ésta sea siempre el mismo: "forme una patrulla de cinco soldados para...". La libertad del sargento para elegir esos cinco soldados no está expresamente condicionada porque al dar la orden el oficial no indicó criterio alguno para hacer la elección. Es obvio, sin embargo, que si la patrulla es para realizar una marcha larga y penosa, el sargento habrá de elegir a los cinco soldados más resistentes y que si el objetivo es abatir a unos francotiradores el sargento tendrá que elegir a los cinco soldados que tengan mejor puntería, aunque alguno de ellos cojee. En el fin de la norma habilitante hay siempre un condicionamiento implícito que limita por sí solo el *quantum* de discrecionalidad.

A este condicionamiento implícito en el fin hay que unir, naturalmente, los que puedan resultar de los criterios o pautas que la norma habilitante pueda eventualmente imponer de forma expresa, lo que no es infrecuente, ni mucho menos. A esto es a lo que quería referirme, naturalmente, al aludir más atrás a la densidad de regulación.

El análisis de ambas cuestiones, esto es, de la estructura y de la densidad de regulación de la norma habilitante, nos dará la dimensión del agujero de la rosquilla en la metáfora de Dworkin, el ámbito y los límites externos del arbitrio concedido. Su determinación no es todavía control de la discrecionalidad, sino simple fijación del *quantum* concreto de la misma a la vista de la norma que la otorga, esto es, puro control de legalidad.

Importa especialmente destacar que ese proceso de determinación del *quantum* de libertad requiere todavía una tercera operación, que consiste en averiguar si del perímetro normativo, esto es, del aro de la rosquilla que rodea el agujero, resultan otros condicionamientos o límites internos a la libertad de elec-

ción de los medios en que la discrecionalidad consiste. Porque, en efecto, la norma concreta que otorga el poder discrecional no está sola. Forma parte de un sistema de eso que llamamos ordenamiento jurídico, del que es una simple pieza. Puede ocurrir y ocurre normalmente que la norma habilitante no establezca criterio o pauta de elección alguna, pero que el sistema jurídico al que pertenece sí los imponga.

Para no complicar las cosas innecesariamente me limitaré aquí a recordar la sentencia del "Teatro Tívoli" del 21/9/1993 (ponente J. Delgado Barrio), donde esta idea está expuesta de manera insuperable. No hay asunto o materia alguna en la que una autoridad pública venga apoderada expresamente en términos de mayor libertad que la Administración cuando elabora un plan de ordenación urbana. El propio legislador puede tener reconocida por la Constitución libertad semejante a ésta en muchos casos, pero nunca mayor. Ninguna ley urbanística puede materialmente determinar *a priori* cuál debe ser el modelo urbano de población alguna y, menos aún, de todas las poblaciones. Ni es físicamente posible, ni, aunque lo fuera, sería deseable porque vendría a hurtar a los vecinos una decisión que sólo a ellos concierne, en tanto que sólo ellos van a disfrutar o padecer cada día las consecuencias. La Administración goza, pues, en este caso, de una libertad prácticamente total (excepción hecha del obligado respeto a algunos estándares que la ley impone para asegurar *a priori* un mínimo de calidad del planeamiento y de los condicionamientos que puedan resultar del planeamiento territorial superior o del respeto a la legislación sectorial, que a nuestros efectos pueden descontarse).

Así lo reconoce la sentencia citada cuando al comienzo de su argumentación dice que la discrecionalidad es "profunda en el momento inicial de la redacción", como ella misma explica muy expresivamente. Dice así:

> En efecto, sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a ciertos objetivos se contemplan y analizan las distintas alternativas posibles, ha de producirse la elección de un determinado modelo territorial que, además, ha de justificarse: éste es el momento de máxima discrecionalidad, pues son posibles varias —incluso muchas— soluciones jurídicamente indiferentes.
>
> Ahora bien,
>
> [...] después, una vez elegido el modelo y fijados los criterios de la ordenación propuesta, con las líneas generales del planeamiento, se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión del planificador; las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desapa-

rezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia.

El centro de la rosquilla no es exactamente un agujero, sino un espacio que eventualmente puede estar parcialmente relleno, si no por una materia sólida, sí por algún tipo de producto más o menos poroso, como Isabel Lifante ha advertido con gran acierto recientemente. Y es que el sistema jurídico no es mudo, aunque pueda serlo la concreta norma del mismo con la que estamos operando.

El Ayuntamiento de Madrid era, en principio, absolutamente libre para elegir una estrategia general consistente en conservar en su destino presente de equipamientos culturales todos los teatros existentes en el centro de la ciudad o una parte de ellos, pero, una vez adoptada esa estrategia general, quedaba autolimitado necesariamente por ella y dejaba de serlo para decidir al margen y en contra de la misma la suerte final de un teatro concreto.

Como los problemas jurídicos no se dan en abstracto, sino en concreto, tal y como la vida los ofrece, todavía hay que hacer una última precisión en lo que a la determinación del *quantum* de la discrecionalidad se refiere. La norma habilitante puede otorgar *ab initio* la que le parezca oportuno, aunque desde luego no le esté permitido otorgar una libertad total e incondicionada, como al comienzo dije recordando la sentencia constitucional del 16/11/1981 sobre la Ley vasca del Centro de Contratación de Cargas. Ahora bien, esa discrecionalidad que inicialmente otorga en abstracto la norma puede reducirse, e incluso eliminarse, en el marco de un litigio concreto, en la medida misma en que se reduzca o desaparezca esa pluralidad teórica de soluciones posibles que la norma en cuestión en principio admite.

La convocatoria de un concurso para la adjudicación de un contrato abre, en principio, un abanico indefinido de posibilidades de satisfacción de la necesidad pública a la que ese contrato pretende atender. Ese abanico potencialmente indefinido de posibilidades se reduce, sin embargo, en el momento mismo en que termina el plazo concedido para la presentación de ofertas, ya que la Administración convocante sólo podrá elegir entre los licitadores presentados. El número inicial de éstos puede reducirse todavía en el curso del procedimiento, pues la Administración viene obligada a rechazar las ofertas que no cumplan las condiciones del pliego. Puede ocurrir, por lo tanto, que en el momento de dictar sentencia en el eventual recurso que haya podido interponerse contra el acuerdo de adjudicación por el licitador frustrado las posibilidades se hayan reducido a las ofertas de los dos litigantes. Éste es exactamente el caso resuelto por la sentencia del 11/6/1991 (ponente J. Delgado Barrio), en el que, como se recordará, un licitador impugnaba la adjudicación de unas obras hechas por el Ayuntamiento de Madrid en favor de otro cuya oferta económica era más cara que la suya, a pesar de que los informes emitidos por los servicios municipales reconocieron a ambos competidores por igual "un alto grado de capacitación, experiencia y medios

suficientes", sin establecer diferencia alguna desde el punto de vista técnico entre ambos. En estas circunstancias de igualdad, dice la sentencia con toda sencillez, "la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución", argumento ciertamente irrebatible que la exigencia constitucional de efectividad de la tutela judicial hacía, por otra parte, obligado. Y es que, *en concreto*, el desarrollo del procedimiento y del proceso habían reducido en este caso la discrecionalidad inicial de la Administración *auf Null*, a cero, según la expresión al uso en el derecho alemán.

Verificar cuidadosamente el *quantum* de la discrecionalidad otorgada a partir de la estructura y de la densidad de regulación de la norma habilitante y del ulterior análisis de los condicionamientos que puedan derivar del contexto sistemático en que dicha norma se integra, así como de la reducción adicional que pueda resultar de las circunstancias concretas del caso concreto que se tenga entre manos es, pues, la primera y esencial tarea a realizar por el juzgador.

Cumplida esa tarea y determinado a resultas de ella el ámbito concreto de libertad del que la Administración disponía en el momento de hacer su elección, ¿qué más puede hacerse? En principio, nada más, porque dentro de ese margen la Administración disfruta de la delegación que en su favor ha hecho la norma habilitante. ¿Vale, por lo tanto, cualquier elección que ésta pueda hacer sin que importe razón alguna?

VI. Arbitrio legítimo y arbitrariedad prohibida

Llegados a este punto hay que volver nuevamente al punto de partida, esto es, a la sentencia del 13/7/1984 recordada al comienzo. Arbitrio (o discrecionalidad, qué tanto da) y arbitrariedad son conceptos antagónicos que nunca es permitido confundir. Lo que los separa según la sentencia es la existencia o inexistencia de justificación suficiente. Si la elección realizada por la Administración dentro del margen de libertad previamente comprobado cuenta con una justificación "respetable", habrá que concluir que esa elección es irreprochable; si, por el contrario, la elección realizada carece de justificación o la que ofrece es indefinible o inauténtica, *sit pro ratione voluntas* pura y simplemente, tendrá que ser calificada necesariamente de arbitraria y, como tal, rechazada.

La clave de la distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida está, pues, en la motivación, entendida, no como puro requisito formal, sino como justificación, esto es, como razón o conjunto de razones susceptibles de dar soporte a la elección realizada, en ausencia de las cuales dicha elección sería sólo la expresión del puro capricho, de la voluntad desnuda del órgano o autoridad que la realiza.

Como dijera Nebrija hace ya cinco siglos, el arbitrio legítimo es *voluntas ratione regulata*. Si ese fundamento adicional de la razón falta, no hay arbitrio legítimo, sino arbitrariedad, que es su antítesis.

Pero, ¿es que tiene la autoridad apoderada por la norma obligación de exponer las razones en que se apoya su decisión? ¿Por qué? ¿Dónde se establece dicha obligación? La respuesta afirmativa puede darse en varios niveles distintos. Por lo pronto, en el orden formal, porque así lo exige hoy el art. 54 de la ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, que convirtió en norma positiva de exigencia de motivación que la jurisprudencia anterior venía formulando para todos los actos discrecionales.

En segundo lugar, porque, como la jurisprudencia insiste en señalar, si no se exponen las razones, los derechos de defensa de los afectados por la decisión serían sencillamente ilusorios y el control judicial de aquélla imposible.

Pero, además, en un nivel más material, porque el art. 9.3 de la Constitución prohíbe a todos los poderes públicos actuar arbitrariamente, prohibición cuyo significado primario no es otro que la proscripción y erradicación de nuestro sistema jurídico-político del poder entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta y la correlativa exigencia, imperativa e inexcusable, del fundamento adicional de la razón. *El único poder que la Constitución acepta como legítimo es el que se presenta como resultado de una voluntad racional, esto es, racionalmente fundada.*

Y es que todo poder público es un poder funcional, un poder-deber que se otorga a una autoridad, no en consideración al interés propio de ésta, como es obvio, sino en consideración de los intereses de los ciudadanos y para el beneficio de éstos, ante los que debe justificarse en su ejercicio.

La Administración tiene, pues, libertad de elegir dentro de los márgenes previamente definidos una solución u otra dentro de las varias, pocas o muchas, que en cada caso concreto se le presenten como posibles. En eso consiste, ya lo he dicho, su poder discrecional, en cuyo ejercicio no puede el juez sustituirla. Pero debe justificar su elección, porque el suyo no es, ni puede ser un *liberum arbitrium*, aportando razones capaces de sustentarla.

Comprobar la consistencia de esas razones es la única función del juez, el único control posible de ese núcleo último de libertad decisoria cuyos límites precisos ha verificado ya con anterioridad. ¿Cómo? A mí no me parece tan difícil, la verdad, por mucho que se especule sobre la imprecisión o inaprehensibilidad de los conceptos de racionalidad y razonabilidad.

Para que una decisión pueda tenerse por racionalmente fundada habrá de respetar, por lo pronto, la realidad de los hechos. "Los hechos son tal y como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración", dice sensatamente la sentencia del 1/12/1986 y repiten otras muchas. Si se quiere decir más modestamente o, si se prefiere, en términos más procesales, podría corre-

girse la frase afirmando sólo que los hechos son tal y como la prueba practicada en el proceso los muestra. A ella hay que estar y de ella hay que partir, y con ella debe ser congruente la decisión final, que no podrá calificarse de racional en caso contrario, cualquiera que sea la idea que se tenga de lo racional.

Habrá de tomar en consideración también todos los factores jurídicamente relevantes sin excluir ninguno y, por supuesto, habrá de abstenerse de introducir cualquier otro factor que no lo sea. La sentencia del 15/12/1986 ofrece un buen ejemplo de lo primero, porque no es racional, en efecto, situar una guardería infantil en una determinada parcela sin tener en cuenta al hacerlo que en la parcela contigua está instalada una industria textil calificada de peligrosa. La sentencia del 3/5/1985 es igualmente expresiva del segundo de los supuestos enunciados: los delitos de tráfico, dice, "no pueden ser causa que determine la denegación de la posesión de un arma para cazar".

No puede considerarse racional tampoco una decisión que no ha tenido en cuenta o ha olvidado el mayor peso o mayor valor que el ordenamiento jurídico pueda reconocer a alguno de los factores que considera relevantes. Un buen ejemplo lo ofrecen las sentencias del 3/11/1980 y 16/11/1982 cuando dicen que la libertad de empresa debe prevalecer sobre la legislación de dimensiones mínimas que pretende sólo asegurar la rentabilidad de las industrias ya existentes.

Si todos los factores relevantes para la decisión tienen el mismo peso, es obvio también que para que la opción en favor de uno de ellos pueda tenerse por racional es imprescindible que vaya acompañada de algún razonamiento que sea consistente con la realidad de los hechos y no adolezca de errores lógicos. La sentencia más atrás citada del 11/6/1991 ilustra perfectamente el argumento: en igualdad de capacitación, experiencia y medios, la Administración no puede elegir la oferta más cara.

La sentencia del 18/2/2002 (ponente R. Trillo), por su parte, contempla un supuesto paradigmático de error lógico. Los informes obrantes al expediente acreditaban la suficiencia de las dos proposiciones en conflicto, pero no se pronunciaban categóricamente sobre cuál de ellas resultaba más ventajosa, vacilación ante la cual la Administración opta sin más razones por "echarse fuera", como se diría en términos taurinos, y declarar desierto el concurso para convocar otro con arreglo a condiciones distintas, decisión que la Sentencia anula "porque no guarda relación alguna de causa a efecto el hecho de que pueda haber duda sobre cuál sea la oferta más ventajosa y la decisión de declarar desierto el concurso cuando resulta que aquella duda no deriva de la inidoneidad de las antiguas condiciones, sino de los informes emitidos para adjudicar el contrato con arreglo a las mismas".

Si la decisión enjuiciada no supera este *test de racionalidad*, el juez no tendrá más remedio que anularla, porque no sería expresión de esa *voluntas ratione regulata* característica del arbitrio legítimo, sino de la arbitrariedad o voluntad

desnuda que el art. 9.3, *in fine*, de la Constitución proscribe; si, por el contrario, lo supera, habrá de aceptarla le guste o no, a menos que resulte inadecuada por falta de aptitud objetiva para alcanzar el fin de la norma o desproporcionada en relación con dicho fin.

De este segundo *test de razonabilidad* hacen correcto uso, por ejemplo, la sentencia del 18/7/1988, que anula una determinación del Plan General de Banyolas, consistente en estrechar de diez a cinco metros el ancho de una calle, formando un auténtico cuello de botella. Lo mismo la sentencia de 4/4/1990, que anula la definición de un nuevo vial, de costosísima ejecución y escasa aptitud para el tráfico por su pronunciadísima pendiente del 25%, cuando existía ya en las proximidades otro en uso que venía satisfaciendo las mismas necesidades y que sólo había que asfaltar. En el mismo sentido, la sentencia del 18/5/1992 que anula también la previsión por el planeamiento de Aranjuez de un nuevo vial, que el propio Ayuntamiento reconoció en el curso del proceso que era innecesario, y que rompía en dos el recinto vallado de una importante industria de la localidad que daba trabajo a un elevado número de empleados.

La sentencia del 10/5/2003 (ponente, F. González Navarro) hace expresamente uso de este doble test que hace unos años propuse para revocar una sentencia que había dado por buena la denegación de la procedencia de la solicitud de reversión de una finca expropiada en su día por motivos de colonización, decisión que no supera el obligado *test de racionalidad*, porque olvida un elemento tan pertinente (para la decisión) como la declaración de desafectación de los terrenos "para la instalación sobre ellos de una planta siderúrgica", y —añade— "no supera tampoco el *test de razonabilidad* porque considera que es compatible una planta siderúrgica instalada en el seno de una zona de regadío de alto interés nacional con la conservación de un sistema en que se producen déficits periódicos de los aportes hídricos naturales".

VII. La extensión de los poderes del juez y la reducción a cero de la discrecionalidad

Llegados este punto sólo me resta hacer unas últimas observaciones, muy breves porque, en rigor, a estas alturas son innecesarias. El análisis de la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional tiene, como ya he dicho, dos fases: una primera, de verificación del *quantum* de discrecionalidad disponible, que es un problema de estricta legalidad, y una segunda, en la que el juez entra dentro del ámbito libre de decisión a los solos efectos de comprobar si el resultado del ejercicio de esa libertad cuenta o no con un fundamento racional.

En el primer caso, si se comprobara que la Administración ha actuado fuera del ámbito de libertad que el ordenamiento ha puesto a su disposición, el juez

habría de anular la decisión y hacer las declaraciones de derechos eventualmente procedentes, porque ya no se estaría, por hipótesis, en el escenario de lo discrecional.

En el segundo, en cambio, la decisión adoptada en el ámbito previamente acotado de lo discrecional que se hallare carente de fundamento racional y resultare, por lo tanto, arbitraria, sólo podría ser anulada sin más, porque en ese ámbito el juez no puede sustituir a la Administración. Aquí es donde está en su punto la norma incluida *in extremis* en nuestra vigente Ley de la Jurisdicción como apartado segundo de su art. 71, según la cual "los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen *ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados*".

Es preciso, sin embargo, recordar que hay supuestos —todo lo excepcionales que se quiera pero los hay— en los que, como antes advertí, la discrecionalidad inicial que el ordenamiento reconoce se reduce en el curso del procedimiento y del proceso e, incluso, puede llegar a desaparecer pura y simplemente en el momento de decidir este último. En estos casos de reducción a cero de la discrecionalidad el art. 71.2 de la Ley Jurisdiccional es inaplicable por la potísima razón de que no se da el supuesto de hecho que contempla. Desaparecida la discrecionalidad decisoria, y no existiendo en consecuencia más que una decisión posible para el concreto caso enjuiciado, el juez tendrá que llevar a su sentencia necesariamente esa única solución, por exigencias indeclinables, además, de la efectividad de la tutela que la Constitución le obliga a otorgar y que nada ya le impide conceder.

A la sentencia antes citada del 11/6/1991 han seguido luego otras semejantes, como la del 15/3/1993 relativa a un solar calificado sin razones objetivas por el planeamiento como espacio verde a conservar, que, según la prueba pericial practicada, era "una isla rodeada de cemento" entre medianerías al descubierto que no admitían otra solución que la edificación sobre él en la misma forma que sus colindantes.

Análogo a éste es el caso resuelto por la sentencia del 11/3/1997, que anula la clasificación como suelo no urbanizable dada por el Plan General de Madrid a una finca, hasta entonces calificada como suelo industrial por estar situada entre los talleres de RENFE y una autopista, ubicación que —dice la sentencia— "hacía impensable el efectivo aprovechamiento de índole agrícola, ganadera o forestal, que son los propios del suelo no urbanizable" y obligaba, supuesto que "las líneas de planeamiento conducen a una solución que se impone por razones de coherencia", a mantener la calificación de industrial atribuida a "todos los terrenos colindantes" por "reclamarlo así el principio de efectividad de la tutela judicial, que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación a las cuestiones planteadas en el proceso".

VIII. Consideraciones finales

Con lo dicho creo haber respondido, siquiera sea con la brevedad que la ocasión exige, a todas las cuestiones planteadas por el tema cuyo tratamiento se me propuso. Mi propósito, lo reitero una vez más, no es llevar más lejos el control de la Administración, sino liberarlo del lastre de la historia y del riesgo que comporta que quede a expensas de eso que con tanta naturalidad reconocen los juristas franceses, fiados en la bien ganada *auctoritas* del *Conseil d'État*, la "política jurisprudencial". Ese riesgo es para ellos despreciable por la razón dicha, pero para nosotros resulta inaceptable, y no hay, en mi opinión, otro medio de evitarlo que dar un paso adelante, librarse de los temas acumulados a lo largo de la historia y esforzarse en crear la base teórica imprescindible para que ese inexcusable control se realice en los términos más objetivos y, por lo tanto, más racionales posibles.

Es fácil, desde luego, especular con la falta de fiabilidad de la razón humana, pero la razón es lo único que tenemos. Como ha dicho expresivamente Habermas, "el Derecho es un intento de poner razón en la violencia con la que la Historia nos abruma". Por poco que pudiera valer, a la razón no podemos renunciar.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD

por Tomás Hutchinson*

I. Preliminar

Uno de los elementos constitutivos de la noción de Estado de Derecho es el de la *sumisión de la Administración a la ley* [1]. El principio de legalidad no rechaza la posibilidad del ejercicio de *facultades discrecionales* que signifiquen el desarrollo de una actividad jurídico-administrativa que no está condicionada por el derecho objetivo o, de estarlo, por lo menos lo está de modo distinto al de la restante actividad de los órganos, y que depende, por ende, de la decisión propia del órgano, o sea, del ejercicio del arbitrio administrativo [2].

Debe ser así porque una aplicación excesiva del principio de legalidad, en la forma en que lo concebían Carré de Malberg y Stassinopoulos, convertiría a la Administración en un "ente autómata que aplica la ley sin discernir", según expresión de Laubadère. Este automatismo atentaría en contra de la oportunidad de las decisiones y, en general, en contra del *mérito* de éstas, el que puede ser apreciado precisamente cuando existe un margen de libertad en el proceso de formación de la voluntad decisoria de la Administración [3].

* Profesor titular de Derecho Administrativo, UBA.

[1] Laubardère, André de, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 10ª ed., París, 1953, p. 199, expresa que "el ejercicio de la función administrativa está dominado por el principio básico de la legalidad, que significa que las autoridades administrativas están obligadas, en sus decisiones, a conformarse a la ley o, más exactamente, a la legalidad en general, es decir, a un conjunto de reglas de derecho cuya mayoría, si no todas, están contenidas en leyes formales".

[2] Cuando la Administración actúa en ejercicio de la actividad reglada, su conducta está estrechamente vinculada a la ley que contiene reglas que deben observarse. En cambio, cuando ejerce una actividad discrecional, actúa con mayor libertad, pues su conducta no está predeterminada normativamente, sino por la finalidad a cumplir (Tribunal Superior del Neuquén; 1998/02/03; "Dziadek, Bronislao R. y otros v. Provincia del Neuquén"; LL 1998-F-535).

[3] Con independencia de que haya previsto una situación (contemplada mediante un concepto preciso o impreciso), la norma confiere, en ciertos casos, en el propio mandato, una libertad decisoria, que exige de parte de la Administración un examen de conveniencia, de oportunidad, para el mejor cumplimiento del interés público (Bandeira de Mello, Celso A., *Curso de derecho administrativo*, ps. 207-208).

Bernard Schwartz expresaba en la introducción a un libro suyo: "Verdaderamente ¿de qué trata el derecho administrativo si no es del control de la discrecionalidad? Es un tema clásico de la disciplina y, obviamente entonces, no pretendo explicar algo nuevo. La discusión acerca de ese control ha suscitado una larga polémica entre nosotros y esa discusión se mantiene en el ámbito de la ciencia jurídico pública de la mayoría de los países jurídicamente afines al nuestro [4].

El tema de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo es uno de los grandes problemas del derecho público en su unidad, es decir, de aquellos que se sitúan en la vasta zona de confluencia del derecho administrativo con el derecho constitucional, y ello porque la discrecionalidad administrativa no es sino la categoría dogmática del derecho público, en torno de la cual gira cabalmente la delimitación de los respectivos ámbitos funcionales de los tres poderes del Estado. Tratándose de un tema que desborda la dogmática administrativa, es llamativa la escasa presencia que el mismo ha tenido en la dogmática constitucional de nuestro país [5].

No hay demasiada discusión en la Argentina sobre el control judicial de la discrecionalidad; quizás porque estamos acostumbrados a que no exista una solución racional sobre el tema, sino que dependemos del *tacto judicial* —que es distinto según la fuerza del Gobierno de turno y conforme sea la jurisdicción en que el juez actúa [6]—. Ello es en buena medida así, porque, como dice Nieto, las decisiones judiciales son subjetivas: el juez no razona objetivamente, sino bajo impulsos de su propia percepción personal [7].

En nuestro país, los jueces, según las circunstancias, son los que deciden acerca de los límites de la potestad judicial, lejos de toda posición dogmática sobre el tema. No parece ser algo original, a poco que pensemos que un autor alemán [8], refiriéndose a la competencia de los jueces para fijar los límites del con-

[4] Una excepción parece ser Francia, pues según el decir de SUBRA DE BIEUSSES, "La potestad discrecional", en *Documentación Administrativa* nro. 239, con excepción de algunas opiniones aisladas, entiende que todos los autores reconocen, sin ponerla en cuestión, la realidad de una potestad discrecional y no formulan objeciones serias respecto a la jurisprudencia relativa a ella.

[5] En general, la doctrina constitucional se ha referido a los *actos políticos no justiciables* o *actos de gobierno* para excluir del control jurisdiccional tales actos. En relación con dichos actos, una especie de los actos discrecionales, a partir de la noción de *control jurídico*, me parece que debería despejarse toda duda sobre la posibilidad de que tales actos sean objeto de un control jurídico. No es el carácter político (discrecional), sino la medida de su vinculación jurídica lo que determina la posibilidad del control ordinario de *juridicidad*.

[6] Federal o provincial y, en este caso, según el *quantum* de feudalismo existente en el orden local.

[7] NIETO, Alejandro, "El dorso metalegal de las resoluciones judiciales", en AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje del profesor Jesús González Pérez*, vol. I, ps. 61 y ss.

[8] OSSENBUHL, Fritz, "Anmerkung zu Bverwg JZ", en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1995, p. 513.

trol que ellos ejercen, habla de la *competencia* de la *competencia*. Pero también debe concordarse que, entre nosotros, tal situación en mucho se debe a la escasa densidad normativa con que la ley suele programar la actuación administrativa. Por tal razón, los jueces carecen en general de parámetros de control jurídico suficientes que les permitan objetarla en estrictos términos jurídicos, cuando tal actuación se mueve en la sombra penumbral de la discrecionalidad.

II. La actividad discrecional de la Administración

1. Noción

Como primera aproximación puede decirse que la potestad de un órgano de la Administración será discrecional allí donde ha sido habilitado con un margen de libertad de apreciación para actuar en su función de satisfacer las necesidades públicas o el interés general [9].

Ciertos autores definen a la discrecionalidad de manera positiva —por ejemplo, como margen o libertad de decisión que el legislador confiere a la Administración—; otros de manera negativa —como actividad insusceptible de control judicial—, es decir, como margen o libertad de actuación derivada de la ausencia de normas de conducta, dirigidas a la Administración y, consecuentemente, la carencia de normas de control dirigidas al juez.

Cabría negar de entrada que el ejercicio de la discrecionalidad consista en otra cosa que en una aplicación ordinaria del derecho; sí, por el contrario, se partiera de la premisa de que cuando la Administración ejerce potestades discrecionales el grado de la vinculación jurídica de su actuación se halla atenuado, sería posible concluir que la discrecionalidad constituye un fenómeno estrictamente limitado al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico-administrativas, bien por no configurarse su aplicación como obligatoria, siempre que concurra el supuesto de hecho normativo [10], bien por prever éstas varias consecuencias jurídicas —aunque en su contenido predeterminadas— con carácter alternativo [11], o no predeterminar ésta el contenido de la consecuencia jurídica que, en su caso, deba aplicarse [12].

[9] Al actuar discrecionalmente el agente está cumpliendo, cuando la ley le otorga tal facultad (que es simultáneamente un deber), una determinación normativa de merituar acerca del mejor medio para dar satisfacción al interés público ante la indeterminación legal en cuanto al comportamiento adecuado en el caso concreto (Bandeira de Mello, C. A., *Curso...*, cit., p. 205).

[10] Si concurre el supuesto de hecho A, la Administración podrá adoptar la consecuencia jurídica B.

[11] Si concurre el supuesto de hecho A, la Administración deberá/podrá adoptar la consecuencia jurídica B o C.

[12] Si concurre el supuesto de hecho A, la Administración deberá/podrá adoptar la consecuencia jurídica que estime oportuna.

Por eso, desde cierta óptica, la discrecionalidad administrativa suele ser definida como margen de volición para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra, en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse. En otras palabras, se concibe a la discrecionalidad como margen para optar entre las siguientes conductas [13], en primer lugar, entre *actuar y no actuar*, es decir, aplicar o no la consecuencia jurídica o alguna de las consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma habilitante (discrecionalidad de actuación); en segundo lugar, elegir entre una consecuencia jurídica u otra si la Administración opta por actuar o está obligada a ello, y son varias las consecuencias jurídicas posibles (discrecionalidad de elección).

Podría decirse también que la indeterminación del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas otorga un margen de maniobra a la Administración; en tal caso, habría que precisar si opera como mero margen de cognición [14] (o de apreciación), o si tal margen opera también en este marco como uno propiamente discrecional (dentro del cual la Administración goza de una auténtica libertad de decisión), con una categoría y estructura diferentes de aquél [15].

La *especificación* del contenido de la norma superior o, en otras palabras, la *elección de la especie dentro del género dado por la ley,* debe realizarse, como lo expresó Linares [16], no mediante un puro acto de razonamiento lógico o mera subsunción silogística de la premisa menor del caso en la mayor de la ley, sino también mediante el complejo proceso de la *valoración jurídica* en un razona-

[13] Una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho normativo.

[14] Distingue así los márgenes que dejaría el proceso intelectivo de cognición de los conceptos jurídicos indeterminados del margen discrecional *strictu sensu*, en cuanto único margen de decisión (volitivo) que, a diferencia del primero, actuaría en el ámbito de las consecuencias jurídicas. Por tanto, esta teoría se inserta dentro de una concepción reduccionista de la discrecionalidad.

[15] Se enrola este enfoque en la solución unitaria que no distingue estructura ni tampoco como categoría entre márgenes de decisión que operan en el plano de supuesto de hecho normativo y aquellos otros que lo hacen en el plano de las consecuencias jurídicas de la norma. Consecuentemente, el ejercicio de la discrecionalidad podría consistir, además de en la elección de la consecuencia jurídica, en la integración, perfección o concreción de un supuesto de hecho de un supuesto normativo incompleto o impreciso. Así, el concepto jurídico indeterminado, la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración en la planificación, la discrecionalidad volitiva cognitiva, etc., se revelan, en el fondo, como *meras variaciones de un solo y decisivo fenómeno: el del margen de decisión del Ejecutivo.* Lo más aproximado entre nosotros a esta tesis es la postura de CASSAGNE, Juan C., "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", en REDA nro. 67, 1990, ps. 349 y ss., esp. 354.

[16] LINARES, Juan F., *Poder discrecional administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 21.

miento empírico-dialéctico. El órgano elige, o debe elegir, la especie del caso a través de la comprensión de la conducta normada y de la ley, comprensión en la cual los sentidos axiológicos de justicia y seguridad han de ser vivenciados en la valoración de las circunstancias.

Dentro del campo del arbitrio administrativo puede darse también una situación de inexistencia de la norma legislativa que determine el género jurídico que el precepto inferior haya de concretar, ocasión en que se estará en presencia de una norma atributiva de competencia, mas no de contenido. Tal lo que Linares [17] denomina *arbitrio extraordinario*, verdadero vacío de la norma superior que debe ser llenado por la inferior.

Coincido con la definición que dice que la discrecionalidad administrativa es una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado [18]. La discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede residir asimismo en el supuesto de hecho de éstas. Por ello, discrecionalidad y margen de apreciación no constituyen dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tienen su origen en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico [19].

2. Estructuras normativas y tipos de discrecionalidad

Esta facultad específica de actuación y ponderación adquiere formas diferentes en los distintos ámbitos de la actividad administrativa. Si se trata de un sector intensamente regulado por medio de una ley sectorial, como corresponde a la tradición de los ámbitos propios de la actividad administrativa de limitación, tanto la intensidad de la vinculación como el grado de apertura de la programación legal deberán surgir de un análisis a realizar desde *dentro* de la respectiva ley, que deberá tomar en consideración los diversos conceptos jurídicos y las estructuras normativas en ellas utilizados. Sin embargo, existen también otros sectores de actividad que, de acuerdo con la doctrina sobre la reserva de ley, el legislador no está obligado a sujetar a una regulación sistemática e intensa y que, precisamente por ello, no han sido objeto de una regulación legal de tales características. Tampoco estos sectores son ámbitos libres de la ley, ya que se encuentran dirigidos, al menos por medio de normas de organización, procedimiento y presupuestarias, así como por normas que, desde otras disciplinas, próximas o conexas, irradian sobre el sector correspondiente.

[17] LINARES, J. F., *Poder...*, cit., p. 21.

[18] MEYER y BORGS, *Verwealtungsverfahrensgesetz*, nro. 40, marg. 6.

[19] Esta terminología unitaria es seguida en gran parte del derecho comparado (*discretionary power; pouvoir discrétionnaire*) EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN.

En estos sectores de la actividad administrativa, la situación decisional abierta, típica de los supuestos de discrecionalidad, surge sobre todo en los espacios y resquicios situados *entre* los preceptos legales aplicables. En estos casos, la discrecionalidad, aun careciendo de todo reflejo normativo, puede constituir el mismo núcleo del correspondiente ámbito de actividad. Un ejemplo de esto último lo encontramos en la actividad económica de las empresas públicas provinciales, que la legislación de régimen local, por un lado, y el derecho privado de empresas, por otro, sólo dirigen muy tenuemente, hasta el punto de que el ámbito central de las decisiones empresariales está cubierto por una atribución de discrecionalidad no escrita.

III. El enfoque judicial de la discrecionalidad

1. La vinculación de la teoría con la justicia administrativa

Durante más de un siglo, la teoría de la discrecionalidad administrativa mantuvo una estrecha vinculación con la construcción y desarrollo de la justicia administrativa. De allí el decir de Fleiner que "la competencia de los tribunales contencioso administrativos acaba allí donde comienza la libre discrecionalidad de las autoridades administrativas [20]. Por virtud de esta conexión, el concepto de discrecionalidad operaba como un concepto delimitador de ámbitos competenciales.

En este terreno de confluencia se libraron los más amplios debates doctrinales en torno del creciente control judicial de la Administración, de los que han surgido los fundamentales principios en que se sustenta la teoría de la discrecionalidad administrativa, entre otros: la distinción de diferentes tipos de discrecionalidad, la evolución de la libre discrecionalidad hacia una discrecionalidad sujeta al derecho, el desarrollo de la teoría de los vicios jurídicos en que la Administración puede incurrir con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales, la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, etcétera.

Consecuentemente fueron aportándose distintas soluciones al problema de la discrecionalidad. Entre nosotros, las tendencias más progresistas señalaron la necesidad de que los agentes públicos actuaran con la mayor *objetividad en la apreciación de los elementos discrecionales,* considerando especialmente que toda eventual discriminación que no tuviera una *causa* [21] que la justifique constituiría

[20] Fleiner, F., *Institutionen*, p. 257

[21] En el derecho administrativo la causa se vincula con la génesis del acto, y no con el origen o propósito inspirador de las obligaciones que de él surgen (Comadira, Julio, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, 1992, p. 27).

un quebrantamiento de la garantía esencial de la igualdad de tratamiento ante el derecho consagrado por la Constitución.

2. Los conceptos de motivo, objeto y fin en el actuar administrativo

Parte de la doctrina ha enmarcado al *mérito* [22] *como elemento de la actuación administrativa,* colocándolo como integrante de la juridicidad del acto, no como elemento autónomo, sino como resultado de la combinación de otros tres (causa, fines y contenido) [23]. Ciertos códigos han seguido ese rumbo.

El poder discrecional se encuentra limitado por los conceptos de *motivo* [24],

[22] Mérito del acto es el campo de libertad supuesto en la norma y que efectivamente viene dado en el caso concreto, para que el órgano administrativo, siguiendo criterios de conveniencia y oportunidad, decida entre dos o más soluciones admisibles ante una situación dada, teniendo en cuenta el exacto cumplimiento de la finalidad legal, ante la imposibilidad de ser objetivamente identificada cuál de ellas sería la única adecuada (BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso...*, cit., p. 414). A su vez se ha dicho que "Por mérito del acto se entiende la conveniencia y utilidad del mismo, su adopción a la obtención de los fines genéricos y específicos que con la emanación del acto se pretende obtener" (DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1956, p. 190).

[23] Así, se ha dicho: "Cuando es estimulado por una causa, el funcionario utiliza la competencia que se le ha otorgado para alcanzar ciertos *fines* y dicta una norma con cierto *contenido*. Cuando el contenido es considerado digno de reconocimiento se dice que es *meritorio*. El mérito tiene cabida cuando el órgano actúa dentro de facultades discrecionales" (REVIDATTI, Gustavo A.; *Derecho administrativo*, t. II, FDA, Buenos Aires, 1985, ps. 284-286). Otra doctrina considera errada la postura de quienes para referirse a la carencia de interés público suficiente en el acto mencionan la existencia de vicios de mérito, ya que los vicios o defectos del acto sólo se relacionan con los requisitos de validez, es decir, de legitimidad, y no con los referentes a la posibilidad de extinguir el acto por razones de interés público que sobrevengan a su emisión (CASSAGNE, J. C., *Derecho...*, t. II, cit., p. 141).

[24] Algunos distinguen causa y motivo del acto administrativo acto (DUPUIS, G., "Les motifs des actes administratifs" en *Études et Documents*, 1974-75, ps. 15-40). Ello es lógico para aquellos que consideran a la causa como objetiva, pues si se considera que la causa son los hechos, cabe valorar a unos con independencia de otros y reconocer a algunos de ellos un papel preponderante. Otros los equiparan (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 1963, p. 447), pues conciben a la causa subjetivamente. Concebida así, no es posible distinguir entre causa y motivos, y cuando se intenta dicha distinción, el resultado es *artificial* (JOLIVET, *Tratado de Filosofía II. Psicología*, C. Lohlé, Buenos Aires, 1956, p. 493). Cuando la atribución del órgano está reglada, el motivo puede coincidir con la causa, toda vez que cabe admitir el supuesto de que la norma indique esa razón. Pero, frente a facultades discrecionales, en los casos en que el órgano administrativo quede en libertad para proceder o no, el motivo es totalmente independiente de la causa (HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos administrativos*, t. I, p. 154-155). En ese caso, el hecho determinante de la voluntad para manifestarse y crear las consecuencias jurídicas constituye la causa del acto; los hechos que concurren de manera secundaria a que se produzca la voluntad y produzca determinados efectos son los motivos del acto. Distintos de la causa "aparecen los motivos, que no son sino las varias razones, más o menos remotas e inmediatas, que impulsan el *iter*

objeto y fin [25] del acto que haya de emitirse. En el concepto de motivo (causa para algunas normas y cierta doctrina [26]) deben incluirse los *hechos, situaciones o actos que preceden y provocan el actuar del órgano* encargado de administrar [27] y que representan la *etapa primaria de formación de la voluntad administrativa* [28], ya que "toda determinación de voluntad es el resultado de los motivos que desde el mundo exterior actúan en ella, y tales motivos resultan del conocimiento y de la valoración de aquellos hechos y situaciones que están en relación con la determinación de que se trata" [29].

Para algunos autores [30], la apreciación de los motivos en los actos discrecionales del Estado importa *un análisis constante del momento y de la oportuni-*

---

voluntatis del agente y que, en su último desarrollo, para que el acto sea legítimo, debe coincidir con la causa" (MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", en *Revista de Administración Pública*, nro. 23, ps. 83-177, esp. 162-170).

Si se considera a la causa desde el punto de vista subjetivo, no cabe distinguir causa y motivo. El sujeto valora todos los hechos de manera conjunta y decide en razón del resultado de esa valoración (BOQUERA OLIVER, José M., *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 169).

[25] Algunos consideran que la causa no puede aislarse de otros elementos y así la idea de causa engloba a los motivos y el fin, porque en los demás actos la causa está preestablecida legalmente (GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.; *Los actos...*, cit., p. 148). La doctrina jurisprudencial sobre *el presupuesto de hecho, la causa, el fin y los motivos del acto* resulta confusa, lo cual es lógico si se tiene en cuenta la absoluta falta de fijeza y precisión que todos esos conceptos tienen en su construcción teórica (SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. - PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 241).

[26] Para otro grupo de autores, la causa es el motivo práctico de la voluntad, el fin que ésta se propone al dar vida al acto jurídico. Puede distinguirse entre la *causa natural* y la *causa jurídica*. Esta última, llamada también causa inmediata, es el fin que persiguen todos los actos de una determinada categoría. Consecuentemente, será siempre objetiva y variará de una categoría de actos a otra. La causa natural, también denominada *causa remota o motivo*, es el fin particular o específico que el agente se propone al dictar el acto. Así, por ejemplo DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, TEA SA, Buenos Aires, 1961, ps. 164 y ss., sostiene que los motivos y los fines de los actos quedan comprendidos dentro de lo que denomina *"causa en los actos administrativos"*.

[27] Los presupuestos fácticos o los supuestos de hecho del acto administrativo, son la causa o motivo de que, en cada caso, el acto se dicte (BREWER CARÍAS, A. R., *El Derecho...*, cit., p. 152). Las circunstancias de hecho o de derecho (que en ese caso pasarían a ser simples datos fácticos) son *conditiones iuris* que no pueden, por ello, estimarse como elementos esenciales de los actos administrativos (GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit, p. 146).

[28] "La representación y valoración que el sujeto hace de unos hechos es lo que le mueve a declarar su voluntad y a producir con ella, en relación con el derecho objetivo, determinados efectos jurídicos. La apreciación de los hechos constituye la causa de todo acto jurídico y, por tanto, también del acto administrativo" (BOQUERA OLIVER, José M., *Estudios...*, cit., ps. 75- 76).

[29] ZANOBINI, Guido, cit. por RUBIO, Isaac, *Proceso de formación de los actos administrativos*, Jurídica de Chile, 1960, p. 142.

[30] PEREIRA G., Osvaldo, *Discrecionalidad administrativa*, Universitaria, 1959, p. 65.

dad, lo que lleva implícito un examen exhaustivo acerca de la conveniencia de actuar o de abstenerse de hacerlo [31]. La decisión que a estos efectos adopte la autoridad estará determinada por un conjunto de circunstancias en constante variación que impide que se encuentren resueltas por las normas jurídicas generales [32]. La ley exige permanencia y continuidad, al tiempo que no siempre cuenta en su dictado con la asesoría técnica especializada para resolver de manera general todos los motivos que pueden inducir el actuar de la Administración.

La apreciación de los *motivos* [33] requiere de un razonamiento libre formulado con sentido técnico, que se debe conformar estrictamente, sin embargo, a los hechos que sirven de base a la decisión administrativa [34].

Diez [35], citando a Stassinopoulos, enseña que la obligación de motivar el acto administrativo, introducida por la jurisprudencia francesa, constituye un caso de control externo del poder discrecional. Esa obligación deriva especialmente del principio según el cual el poder discrecional no está sometido a un contralor de fondo; como el juez no puede examinar si el ejercicio del poder discrecional ha sido oportuno en cuanto al fondo, exige que haya un elemento externo que pruebe que ese poder ha sido ejercido dentro de los límites de la ley. De allí que la motivación sea determinante de la juridicidad del acto discrecional para quienes sostienen la tesis de su exteriorización [36].

[31] La causa no puede ser discrecional porque debe hallarse referida a circunstancias perfectamente verificables (PTN, "Dictámenes" 114: 376).

[32] Los antecedentes de hecho se vinculan al ejercicio de facultades discrecionales con la apreciación de ellos, perteneciendo la apreciación o valoración de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia al ámbito de las facultades discrecionales del organismo competente, las que tienen ciertas limitaciones jurídicas, entre ellas, que tal discrecionalidad debe enmarcarse en la real existencia de los hechos objetivos que se invoquen como causa del acto (PTN, "Dictámenes" 164: 292).

[33] No debe confundirse motivo con móvil. Aquél es producto de una situación objetiva, real, empírica; el último es intención, propósito del agente para dictar el acto. El motivo es una realidad objetiva externa al agente, es un antecedente exterior al acto, que transcurre en la realidad empírica, sirviendo de soporte a la expedición del acto; el móvil, en cambio, es una representación subjetiva, psicológica, interna del agente y se corresponde con aquello que suscita la voluntad del agente —intención—. (BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso...*, cit., p. 180). Se ha dicho que el motivo del acto es el antecedente que lo provoca, es la situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa (FRAGA, G., *Derecho administrativo*, cit., p. 270), o bien que es el antecedente de hecho o de derecho que provoca y funda su *realización* (SERRA ROJAS, *Derecho administrativo*, Porrúa, p. 262).

[34] La causa de los actos administrativos aparece como el interés público a satisfacer en el caso concreto, representa el fin objetivo hacia el cual ha de actuar la Administración en cada una de sus concretas determinaciones. Es un elemento objetivo del acto administrativo (GONZÁLEZ PÉREZ, J. - GONZÁLES SALINAS, P., *Procedimiento...*, t. I, cit., p. 355).

[35] DIEZ, Manuel M., *El acto...*, cit., p. 239.

[36] La expresión de las causas concretas que determinan la resolución resultan imprescindibles. Su exigibilidad es aún mayor en el ámbito del ejercicio de facultades discrecionales, ya que de lo contrario no sería posible examinar la legitimidad de los actos en sede judicial.

La mención de los motivos, en los actos que deben expresar formalmente sus fundamentos —actos fundados—, es un índice de su legalidad [37]. El fundamento del acto es la medición de las circunstancias, de los hechos o de las consideraciones que justifican el contenido del acto [38]. No siempre bastará a estos efectos una simple mención del artículo correspondiente de la ley [39].

La motivación de la decisión marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario; pues si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta [40].

El *objeto* [41] es, por su parte, el efecto que ha de producir la actividad desplegada, en forma inmediata y directa. Para Diez, el objeto del acto administrativo es la relación jurídica que crea el contenido del acto, en forma tal que objeto

---

La causa del acto administrativo son los antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho que tuvo en cuenta la autoridad administrativa para dictarlo. Es decir que, como elemento esencial del acto, presenta dos facetas: una fáctica y otra jurídica, que deben hallarse necesariamente relacionadas y existir al momento del dictado del acto para que éste resulte válido" (Voto de la minoría) (SC Buenos Aires, 1998/09/29, "González, Graciana E. v. Municipalidad de La Matanza", DJBA, 155-7802; *id.* SC Buenos Aires, 1998/ c09/29, "Ferreiro, Lidia C. y otros v. Municipalidad de La Matanza", DJBA, 155-7802)

[37] La motivación es la manifestación externa de la causa, motivo y fin, no en el sentido que sea un puro elemento formal sino que revela externamente lo que el acto persigue (García-Trevijano Fos, J. A., *Los actos...*, cit., p. 150). Para otros, es más adecuado basar el requisito de la motivación, además de la expresión de la causa, en la enunciación de las razones que han determinado el dictado del acto, lo cual permite incluir la exteriorización de otro elemento considerado esencial: la finalidad (Cassagne, J. C., *Derecho...*, t. II, cit., p. 135).

[38] La representación y valoración que el sujeto hace de unos hechos es lo que le mueve a declarar su voluntad. La apreciación de los hechos constituye la causa de todo acto jurídico y, por tanto, también del acto administrativo. La causa de una declaración de voluntad no son los hechos, sino la apreciación que el sujeto hace de los hechos; lo que éste imagina de la realidad (Boquera Oliver, J. M., *Estudios...*, cit., ps. 75-76).

[39] Por ejemplo si el acto apareciera controvertido por los documentos u opiniones consultivas que se han tenido a la vista para su dictado. En ese caso, será necesario fundarlo de manera expresa en consideraciones claras que establezcan con precisión los argumentos que destruyan los que se estamparon en el informe técnico o parecer consultivo, único medio que será eficaz para garantizar su legitimidad. Porque no quedará nítida esta regularidad sustancial a causa de aparecer controvertidos los criterios del órgano de consulta con los de la autoridad que decide.

[40] Fernández Rodríguez, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1999, p. 82.

[41] Es la causa el camino de inicio que desemboca en el objeto y, por ello, ambas están íntimamente vinculadas, porque una falla en la causa provoca, justamente, una mala consecuencia jurídica en el objeto (Coviello, Pedro, "La causa y el objeto del acto administrativo", en *Acto administrativo y reglamento*, cit., p. 46). Algunos distinguen el objeto del contenido del acto administrativo. Así, el objeto sería aquello respecto de lo que se manda; el contenido sería lo que se prescribe. El primero trata acerca de lo que versa el acto; el segundo es lo que el acto manda (Revidatti, Gustavo A., *Derecho...*, t. II, cit., p. 271).

y contenido aparecen así identificados [42]. Es el resultado práctico que el órgano se propone conseguir a través de su acción voluntaria.

En el supuesto de competencia reglada, el objeto está determinado por la norma preexistente, en tanto que *en los casos de competencia discrecional, el objeto debe encuadrarse en los límites legales de libertad de apreciación que la norma jurídica concede a la Administración.* De aquí la especial importancia de este elemento en el estudio de la actividad discrecional.

Los *fines* de los actos administrativos son, por último, los *resultados de los efectos perseguidos por el órgano de origen del acto* y se relacionan estrechamente con los motivos tenidos en vista para su dictado. Ambos determinan la actuación del agente público y son estrictamente jurídicos en cuanto están preestablecidos en el contexto del ordenamiento.

Sería ésta la *valoración del interés público que hace el órgano administrativo*. La administración pública, al perseguir el interés público, no hace sino interpretarlo y valorarlo desde el punto de vista de la legitimidad y de la conveniencia de la acción, sea que tal interés haya sido o no previsto y considerado por el derecho objetivo. Si falta la valoración que debe efectuar la autoridad, el negocio jurídico carece de causa jurídica, situación que lo invalida.

La concurrencia de cada uno de estos elementos en la actividad discrecional del Estado *es un límite virtual a la arbitrariedad;* su errada valoración por parte de quien administra viciará el acto que se hubiere dictado [43].

La regla de acción en materia de derecho público es la realización del interés general. Por ello debe ser abandonado el principio del derecho privado del *poder de creación libre de la voluntad.* La obligación del agente administrativo de orientar su acción al cumplimiento de un fin, el de la satisfacción de un interés general o interés público, se traduce en una obligación negativa, la de no perseguir un interés privado o personal [44].

Todo vicio o desviación en la finalidad de los actos dictados en ejercicio de poderes discrecionales, que siempre habrá de suponer una falsa interpretación del interés público —sea en los motivos, en el objeto o en el fin que persigue el órgano actuante— constituirá un exceso o desviación de poder.

[42] En algunas legislaciones provinciales y, consecuentemente, en alguna doctrina, se distingue el contenido del objeto.

[43] Los hechos objetivos deben existir en la realidad y la Administración debe acreditarlos de algún modo, especialmente cuando el interesado cuestiona su existencia (PTN, "Dictámenes" 164: 292).

[44] Así, MORTATI, L., "Potere discrezionale", en *Nuevo Digesto Italiano*, cit. por DIEZ, M., *El acto...*, cit., p. 98 (aunque como sigue el concepto de causa explicitado en la nota 25, lo hace bajo dicho concepto), entiende que en derecho administrativo la "causa" del acto consiste en la *valoración hecha de la potestad discrecional en relación a la efectiva correspondencia del acto mismo con el fin último.* Tal valoración —indica— debe ser hecha mediante la aplicación de la regla no jurídica —como aquellas provenientes de la técnica administrativa— de los principios de la buena administración.

3. Desviación de poder

Desde un punto de vista objetivo, la *adecuación del contenido del acto con los presupuestos de hecho y de derecho que emanan de la norma superior produce un acto regular.* Sólo en la hipótesis que exista esta correspondencia, sus efectos serán válidos. En cambio, existirá *desviación de poder* cuando arbitrariamente se actúe en la *inexistencia de tales presupuestos, o calificándolos erradamente*, en especial respecto de los fundamentos de hecho.

Ese punto de vista *objetivo* suple las nociones eminentemente subjetivas de "objeto", "motivo" y "fin" por las de *"presupuestos de hecho y de derecho"*, situándolas dentro de los márgenes tipificados por la norma superior.

El *principio de legalidad* de la Administración en la actividad discrecional se encuentra garantizado, entonces, por la necesidad de *adecuación del órgano público a la realidad de los hechos* que motivan, determinan o fundamentan sus decisiones.

La importancia de este principio ha sido considerada por algunos autores [45] "como materia propia de la *moralidad* de la Administración; es la base del control jurisdiccional del Consejo de Estado francés y de la consagración de los recursos por exceso, desviación o abuso de poder que en definitiva procuran establecer la correspondencia entre el acto dictado con el interés público y el restante ordenamiento positivo. Se ha sostenido que todos estos recursos buscan indagar los *motivos* y los *fines* del actuar administrativo mediante la apreciación de *circunstancias objetivas.* Se caracteriza la *desviación* de poder por el hecho de utilizar la Administración sus poderes para perseguir un *fin distinto* del que indica la ley, en tanto que en caso de abuso de derecho no incurre en ilegalidad sino que *ejerce sus potestades en forma exagerada y sin utilidad para alcanzar dicho fin.*

El vicio de desviación de poder se da así en los fines perseguidos por el acto, aunque éste sea aparente y formalmente perfecto.

Los fines e ideales o motivos del accionar de la Administración vienen en el fondo a confundirse: *fin es el motivo puesto en acción o el ideal que concretamente se persigue*, en tanto que el ideal es el valor fundante de toda acción humana. Bonnard [46] afirma que la ley impone siempre una finalidad determinada al acto jurídico; si el acto persigue una distinta, se estaría en presencia de una ilegalidad que se denomina desviación de poder. La "desviación de poder" es, a su juicio, la ilegalidad consistente en que el poder se ejerza con un fin diferente de aquel en virtud del cual se ha establecido.

[45] WELTER H., *Contrôle jurisdictionnel de la moralité administrative*, París, 1929, cit. por DIEZ, M. M., *El acto...*, cit., p. 324, nota 23.

[46] BONNARD, Roger, cit. por PRAT, Julio A., *De la desviación de poder*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III-XCVI, Montevideo, 1957, p. 178.

Duez y Debeyre [47] expresan que el deseo de reforzar la legalidad ha llevado a los autores a fijar la teoría de la desviación de poder como un *límite general del poder discrecional*, surgiendo así una nueva variedad de ilegalidad —la desviación de poder— junto a la incompetencia, a la violación de las formas y a la violación de la ley.

De este modo, una decisión está afectada de desviación de poder cuando su autor ha perseguido un *fin distinto* de aquel tenido a la vista al conceder al órgano un poder de apreciación discrecional [48].

Existe siempre, para los actos discrecionales, una regla que —sin necesidad de estar escrita en texto expreso— domina la actividad de los agentes públicos: *no pueden actuar jamás, en virtud de la ley implícita de la función, sino en vista de la realización de ciertos fines de interés general*, de modo que excederán sus poderes cada vez que actúen en distinta forma.

Se crea así un *límite virtual al poder discrecional;* se introduce en el corazón mismo de la discrecionalidad una aplicación suplementaria de la legalidad, en expresiones de Duez y Debeyre, quienes citan, con el objeto de ilustrar sus criterios, los casos más frecuentes en que puede presentarse la desviación de poder [49].

En síntesis, puede afirmarse que el principio de legalidad de la Administración se encuentra garantizado, en lo que concierne al poder discrecional de la autoridad, en el reconocimiento de los vicios de exceso y de desviación de poder. No obstante, interesa a la seguridad jurídica el análisis *de los correctivos para poner término a esos vicios* y, en consecuencia, la exclusión de la arbitrariedad a través de tales correctivos.

4. Correctivos al exceso y a la desviación de poder

La doctrina ha determinado que ambas situaciones deben ser esencialmente corregidas por los *recursos jurisdiccionales* respectivos. En efecto, los recursos

[47] DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 211

[48] DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 212. En este sentido, indican, dos casos pueden presentarse: 1) Un *acto-regla* (que según la doctrina francesa es un acto de contenido general) indica de una manera precisa e imperativa el fin que debe perseguir el acto individual. Si se desobedece su mandato, resulta evidente que la decisión adoptada es ilegal por ser contraria a las prescripciones de fondo del derecho. Es el caso de una ilegalidad que constituye "violación de ley"; en tal situación el concepto especial de "desviación de poder" es técnicamente inútil. 2) Ningún acto-regla ha señalado formalmente la finalidad del acto; es la situación conocida como *actividad discrecional* del Estado. En esta segunda hipótesis, la "desviación de poder" reviste su aspecto original y útil.

[49] DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., ps. 211 y ss. Así, dicen: a) Cuando el agente utiliza sus poderes legales en pro de su interés personal. Es la falta de probidad administrativa a que se aludiera precedentemente. b) Cuando el agente contraviene la ley de su función; ley de fines que está implícita en el otorgamiento de sus poderes jurídicos.

por exceso y desviación de poder se basan en que la actividad discrecional, aun cuando supone la libre decisión del órgano facultado, no queda librada a la arbitrariedad. Como señala Martín Retortillo [50], en el Estado de Derecho la Administración, en todos sus actos, tiene que supeditarse al espíritu jurídico contenido en la Constitución y reflejado en leyes de observancia obligatoria.

La ley salvaguarda al administrado de las posibles extralimitaciones o desvíos del poder, otorgándole los caminos procedimentales para combatirlo cuando se excede en su actuación.

El contralor de legalidad no podría excusar el ejercicio de sus potestades de fiscalizador estimando que la aplicación de atribuciones discrecionales cae dentro del *mérito* de las actuaciones de la Administración, pues la discrecionalidad es un poder esencialmente jurídico que obliga a quien la ejerce a ajustarse a los presupuestos de hecho y de derecho contemplados por el legislador al momento de atribuir una más amplia capacidad de valoración a la autoridad pública.

Laubadère [51] ha señalado con precisión las diferencias que existen entre lo que la antigua doctrina denominaba *"actos discrecionales"* de lo que pasó a mencionarse por los autores como el *"poder discrecional"*. La primera noción —que es la del acto discrecional o de pura administración— aparecía constituida por el grupo de actos o decisiones que por su naturaleza *escapaban de todo control poseyendo un verdadero régimen de inmunidad.* El concepto, abandonado por el Consejo de Estado francés, difiere fundamentalmente de lo que posteriormente se concibió como *poder discrecional: los actos dictados en su virtud no escapan a la crítica ni al control de legalidad*; pueden ser anulados cuando infringen la ley, afectados por vicios de incompetencia, de forma o por desviación de poder.

5. La arbitrariedad

Representa la negación del principio de legalidad y, por ende, del Estado de derecho. No puede ser confundida con la discrecionalidad que, como se ha expresado, será siempre un poder jurídico.

Veíamos que el poder discrecional se caracteriza por entregar al administrador una *potestad de elección que siempre estará sometida al Derecho* y a controles específicos cuya finalidad es la de evitar la desvinculación de la juridicidad por parte de los órganos del poder.

[50] MARTÍN RETORTILLO, S., "Notas sobre la potestad discrecional de la Administración", cit. por DIEZ, Manuel M., *El acto...*, cit., p. 47, nota 64.

[51] LAUBADÈRE, A. de, *Traité...*, cit., p. 219.

La arbitrariedad, en cambio, significa prescindencia de control. En su virtud, la voluntad del administrador se superpone a la voluntad objetiva de la ley [52].

El principio de legalidad de la Administración referido, ahora, a la *actividad discrecional*, significa el *rechazo de la arbitrariedad, de la irrazonabilidad, de la desproporcionalidad.*

Según la *teoría egológica* de Cossio, arbitrariedad es conducta arbitraria conscientemente querida, de manera que no sería suficiente que existiese una contradicción en afirmar que 2 + 2 = 5, sino que *sería necesario que esta contradicción fuese consigo mismo, de quien procede sabiendo que 2 + 2 = 4 y se empeña, contrariando su deber de decir verdad, en sostener lo primero* [53].

La *impersonalidad* y la *objetividad* en el actuar de la Administración, aun cuando son reglas no escritas en norma positiva, están implícitas en el *estatuto de la función pública.* Los funcionarios del Estado deben ajustar sus actuaciones de modo estricto a criterios objetivos de equidad y justicia, sin que les sea lícito ejercer la discrecionalidad más allá de los márgenes de la legalidad misma. Será arbitrario el acto administrativo *caprichoso, abusivo,* contrario a derecho.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, en algunos de sus fallos, que es arbitrario el acto o la omisión originados en el mero arbitrio o en un proceder contrario al derecho, indicando en otros que es arbitraria la acción o la omisión abusiva, "carente de razón". Para Soto Kloss [54] la ilegalidad sería lo contrario a texto (normativo/ley) y *arbitrariedad aquello que carece de razonabilidad, de motivo suficiente racional; que no está debidamente fundamentado.*

Para este autor, ilegalidad y arbitrariedad no aparecen como nociones sinónimas, pese a que ambas son especies del género *antijuridicidad o contrariedad al derecho.* La primera resulta de una violación de los elementos reglados de las potestades jurídicas conferidas a un sujeto, en tanto que la segunda es la vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos o actualizados, vulneración que origina un acto arbitrario o una omisión arbitraria.

[52] La arbitrariedad equivale a irrazonabilidad. La razonabilidad es principio o requisito que debe presidir todos los actos de los poderes públicos, y ésta consiste en la exigencia de "fundamentación suficiente de la decisión que se adopte para justificar su dictado", especialmente cuando por ello se extingue una situación creada. El principio cobra especial vigor en materia de facultades discrecionales (SCBA, causa B 56727, S 1998-11-03; "Blasetti, Ernesto Edgardo v. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso-administrativa").

[53] Como se trata de una contradicción existente en la íntima conciencia del sujeto, resulta correcto denominarla, como lo hace Cossio, *"vivencia de contradicción".*

[54] Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia,* Jurídica de Chile, 1982, ps. 185 y ss.

Entendemos la arbitrariedad, de un modo general, como la errada apreciación o valoración de los presupuestos de hecho y de derecho que determinan el actuar de la Administración; sea por una equivocada interpretación de estos, por una no razonable aplicación de tales supuestos condicionantes de la acción o de la omisión, o por su cabal ausencia en el caso concreto de que se trata.

Cierta doctrina [55] afirma que la arbitrariedad es la desvinculación de los órganos del poder de las normas del Derecho, desvinculación que, a nuestro juicio, no sólo debe significar exceder lo dispuesto por el derecho sino *contravenirlo*, en cuanto el exceso puede estar permitido como discrecionalidad o arbitrio ordinario en la función creadora de normas individuales. *La función creadora de derecho* no sólo se ejerce en el acto de legislación, sino también en el acto individual de la sentencia y en el acto administrativo. En tales casos, la creación normativa no es libre *(voluntarismo amorfo)*, sino reglada *(voluntarismo estructurado)*. La norma constitucional, o de rango simplemente legal, debe entregar conceptualmente los géneros preceptivos dentro de los cuales el órgano de aplicación —el juez o el agente administrativo— elige la especie del caso dentro de ese género.

6. La razonabilidad en el derecho

Lo "razonable" es *aquello que resulta aceptable por la comunidad* [56]. Es una de esas nociones que van ganando terreno en el mundo jurídico, fruto de una conciencia cada vez más clara de que la compleja realidad no se deja limitar fácilmente por el concepto acabado.

Es progresivo el aumento en el mundo del derecho de la *presencia de lo indefinido*, de lo atípico, que amplía las potestades jurisdiccionales *para resolver frente a una realidad que no se ha dejado enmarcar dentro de cánones estrechos*. Como ejemplo de ello se mencionan los movimientos decodificadores en el derecho mercantil, el recurso a la equidad, a los principios generales del derecho y a nociones tales como "la naturaleza de las cosas".

[55] STAMMLER, Rudolf, cit. por YMAZ, Esteban, *Arbitrariedad y recurso extraordinario*, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 83.

[56] El criterio de razonabilidad debe presidir todos los actos de la actividad pública, reclamando la existencia de causas justificada, fin público y adecuado, y ausencia de iniquidad manifiesta (SCBA, causa B 50192, S 1988-06-07, "D'Gregorio Hnos. v. Municipalidad de La Plata s/ Demanda contencioso administrativa", A y S 1988-II, 392, SCBA, causa B 49753; S 1997-02-12, "Ambrosio, Esther M. v. Provincia de Buenos Aires [Poder Judicial] s/ Demanda contencioso administrativa", LLBA 1998, 167, JA 1999-I-130).

De este modo, los conceptos jurídicos indeterminados, que aparecen en numerosas ramas de la ciencia jurídica y entre los cuales se cita a la razonabilidad, son instrumentos legales que apelan a la prudencia judicial, que pasa a ser poseedora así de un importante margen de discrecionalidad interpretativa para determinar la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso.

El Tribunal Constitucional español ha empleado el término "razonable" como expresivo de "lo justificado, lo no arbitrario"; o como la proporción entre dos términos o la medida de tiempo como ocurrirá, a modo de ejemplo, con la proporción entre tiempo y trabajo, o entre tiempo y proceso.

IV. La arbitrariedad como prescindencia de control

Como consecuencia de una excesiva liberalidad en el ejercicio de los poderes de la autoridad y de la ausencia de fiscalización, la voluntad del administrador se superpone a la voluntad objetiva de la ley. Ya Locke [57] enfatizaba que "quienquiera posea el poder legislativo o supremo en una comunidad, está forzado a gobernar según leyes establecidas y vigentes, promulgadas y conocidas por el pueblo, y no por decretos *ex tempore*", dejando de este modo excluidas las interferencias arbitrarias en los asuntos de la sociedad civil.

Por tal motivo, y a fin de precaver la arbitrariedad, se consagra el principio del control sobre los poderes de los órganos, control que procura restablecer la legalidad y da carácter jurídico al arbitrio administrativo.

Frente a las críticas doctrinarias al concepto, es preciso indicar que el control llevado a efecto sobre el poder discrecional precave la arbitrariedad, pero no acaba con el poder mismo. Desde antiguo, algunos autores han sostenido que cualquier clase de revisión que se pudiera ejercer sobre los actos emanados de facultades de arbitrio administrativo negaría la posibilidad de que el administrador aprecie con libertad los motivos y la oportunidad o conveniencia de esos actos, sustituyéndose así el contralor de mérito a la propia administración, con la consiguiente anulación de su poder discrecional. Cuando menos —se ha dicho— la sustitución operaría en el grado de superior jerárquico.

Sin embargo, ello no es así. El juez, al enjuiciar un acto discrecional, deberá respetar el mérito apreciado por la autoridad, que dentro de sus facultades lo dictó. Pero si esta valoración ha sido realizada con miras a alcanzar fines arbitrarios o abusivos, o el acto es inoportuno o inconveniente desde un punto de vista objetivo —señalado en ocasiones por la norma superior—, el contralor administrativo declarará su antijuridicidad, o lo anulará si se trata de un órgano jurisdiccional, pese a lo cual permanecerán incólumes las facultades discreciona-

[57] Locke, John, *Of civil government. Two treatises by John Locke*, J. M. Dent & Sons Ltd, Londres-Toronto, 1924, ps. 184 y ss.

les de su autor [58]. Porque no pueden confundirse los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad en un Estado de Derecho.

Esta perspectiva —que podríamos llamar *judicial* de la teoría de la discrecionalidad administrativa— es perfectamente explicable desde el punto de vista histórico y su importancia en el avance de la legalidad administrativa es innegable, pues es la que propició que prosperasen sutilísimas precisiones en torno de las diversas manifestaciones (potestades de apreciación, de prognosis, de evaluación, etc.)

Lo que cabe preguntarse ahora es si realmente desde esa perspectiva del control judicial puede abarcarse la amplitud de la temática planteada por la teoría de la discrecionalidad administrativa.

V. El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa

El hilo conductor de estas reflexiones para justificar el derecho administrativo que viene consiste en aceptar la realidad actual y sustentar el necesario incremento de la ordenación estatal mediante técnicas más adecuadas y de mayor sofisticación, pues se hace indispensable también el perfeccionamiento de los medios de protección del particular que eventualmente pueda resultar afectado.

Ello lleva primordialmente a la necesidad de recrear el principio de legalidad con una mayor proyección de sus alcances. Así, en el esquema tradicional del derecho administrativo, con la necesidad natural de la "ley formal", y el inconfundible rol rector del "tribunal judicial", como revisor de la actividad administrativa, con su carácter sublegal que la distingue, enmarcado en el suave ritmo del Estado abstencionista, la solución parecía suficiente. Pero al presente, la situación es totalmente distinta. El Estado ordenador distorsiona dicho contexto, los parlamentos ceden cada vez mayor espacio real de regulación a la Administración, la Justicia no consigue acompasar su lenta cadencia a las necesidades de sociedades en transformación y, como corolario, la Administración amplía continuamente su espectro de alcances con la aquiescencia de la sociedad política; y más aún, hace esto mediante el ejercicio de la discrecionalidad.

La trascendencia de esta nueva perspectiva radica en las potestades que debe asumir en la actualidad el juez a quien le está vedada la posibilidad de reformular

[58] Es el administrador el que tiene que apreciar la "oportunidad" o "conveniencia del acto, o sea justamente la posibilidad de apreciar la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites. Esos límites de la actividad discrecional pueden ser: a) jurídicos relativos aunque inmutables e invariables (razonabilidad, buena fe, finalidad, igualdad) y b) límites técnicos, concretos, pero mutables y variables, pueden ser controlados jurisdiccionalmente para establecer que han traspasado o no tales límites, es decir, para determinar si la actividad se desenvolvió dentro del ámbito discrecional lícito o si excedió sus límites e ingresó en lo ilícito, pero no para suplir la voluntad del órgano administrador (ST Sgo. del Estero, 20702, P 1998-12-26, "Juárez de Perea, Feliza y otras v. Administración Provincial de Enseñanza Superior, Media y Técnica" s/ Recurso C.A.).

una apreciación de los hechos, de la oportunidad o del tiempo de las decisiones de la Administración, por no corresponderle la función de administrar por la vía de suplir la voluntad de la Administración [59]. Sin embargo, *cuando el mérito es parte inseparable de la legalidad*, por encontrarse la voluntad decisoria del agente público estrictamente condicionada por la ley, el juez necesariamente deberá pronunciarse sobre la debida correspondencia existente entre los elementos de hecho con el contenido de la decisión administrativa, para resolver en definitiva sobre la regularidad del acto con las normas en que se sustenta [60].

Consecuentemente, no resulta difícil darse cuenta de que es imperiosa la necesidad de dejar de lado aspectos formales de legitimidad, y apuntalarlo con análisis sustanciales. Por ello, resulta de plena actualidad la cita de Forsthoff: "La técnica de la garantía de la libertad legada en el siglo pasado, como una garantía conseguida a través del respeto a formas jurídicas, funciona únicamente bajo el presupuesto de que la vida social es fundamentalmente autónoma, pero fracasa frente a una Administración que interviene en todos los ámbitos de la vida social. Ello conduce a la necesidad de vincular las técnicas de ciertas formas jurídicas con principios jurídicos materiales para asegurar la legitimidad sustancial que hoy exige la configuración del Estado de Derecho".

Ya he señalado [61] que hay autores que precisan como clara nota que identifica la evolución administrativa, que "el centro de la investigación está mudando, desde los resguardos procesales y desde la revisión judicial, al descuidado 80 ó 90% de las actuaciones administrativas, respecto a los cuales las garantías procesales y la revisión judicial han demostrado ser claramente irrelevantes, con-

[59] El mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa, constituyen puntos sobre los que al Poder Judicial no cabe pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se compruebe como irrazonable, inicuo o arbitrario (CS, 1993/09/28, "Dos Arroyos S.A v. Dirección Nac. de Vialidad"; JA 1994-IV-12).

La potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos sólo comprende, como principio, el control de su legitimidad, que no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes, pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas por éstos adoptadas (CS, 1986/11/25, "Ferrer, Roberto O. v. Gobierno nacional - Ministerio de Defensa", LL, 1987-A-53).

[60] Debe distinguirse la potestad exclusiva de la autoridad educacional en torno del establecimiento de las pautas técnicas mediante las que se fijan las equivalencias, de la necesidad insoslayable que dicha autoridad tuvo de fundar, ante los estrados de la Justicia adonde fue llevada a juicio, los procedimientos que con arreglo a dichas pautas fueron hechos valer en el caso concreto, a fin de que el juzgador pudiera hacer mérito en punto a la legalidad y razonabilidad del acto de autoridad cuestionado (CS, 1983/02/22, "Gómez López, César R.", LL, 1983-D-275).

[61] Hutchinson, Tomás, "Cómo debería ser el derecho administrativo del siglo XXI", en *Anales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, nro. 335, año 2, nueva serie, La Plata, 2002, ps. 69 y ss.

cluyendo que el futuro del régimen jurídico administrativo descansa en la mejor comprensión del fenómeno del ejercicio informal de atribuciones discrecionales, sin una revisión judicial posterior", que sea adecuada [62]. El marco de la actividad discrecional se amplía, y la tradicional solución de la revisión judicial ordinaria posterior adolece de una falencia tremenda: el asincronismo que, planteado en alta escala, conduce irremediablemente a la desaparición de la revisión judicial como elemento válido para garantir el debido respeto de las libertades individuales.

En estos ámbitos se trata de saber de qué forma la Administración está vinculada por el derecho, y en qué medida las directrices legales le atribuyen una función de configuración propia. Por ello no creo que la discrecionalidad administrativa pueda ser entendida como una categoría residual que no comprende sino lo no susceptible de ser objeto de una controversia ante lo contencioso administrativo.

Creo, más bien, que la perspectiva desde la que debe abordarse el tema de la discrecionalidad administrativa debe evolucionar desde la *perspectiva del control*, hasta ahora predominante, por lo menos entre nosotros, hacia una *perspectiva de actuación*

Aquí está, justamente, uno de los grandes desafíos de nuestra disciplina jurídica. En este tema de la discrecionalidad han habido durante más de cien años esfuerzos y desvelos en la búsqueda de criterios que permitieran formular en términos estrictamente jurídicos las fronteras que delimitaran el ámbito en que la discrecionalidad como responsabilidad política atribuida por la Constitución podía legítimamente ejercerse y dónde no, porque supondría transgredir los límites jurídicos a los que debe sujetarse el gobernante.

Por eso se presenta la necesidad de estructurar un sistema diferente que se adecue a esta nueva realidad y que sea satisfactorio, habilitando una regulación del ejercicio de la discreción administrativa que sea razonable, independiente de la revisión judicial posterior que, como es sabido, no puede ser muy extensiva en el tema, pues de lo contrario se avalaría una transferencia de atribuciones de la Administración a la Justicia, carente de sustento constitucional, y flagrantemente violadora de la separación de poderes. Por ello, esa solución debe plasmarse dentro de la misma órbita administrativa, efectuando las respectivas regulaciones que generen un sistema de salvaguardas, ajustando el esquema de revisión judicial al solo objeto de asegurar el cumplimiento de recaudos procedimentales — el debido proceso—, pero sin inmiscuirse en la sustancia de la decisión de la Administración. No cabe suplantar la discrecionalidad administrativa por la judicial.

[62] Pueden existir garantías judiciales, pero son muy distintas a las tradicionales. Tal por ejemplo, en los conflictos que surgen con la ejecución de contratos privados de la Administración, en ciertos sectores del derecho de organización y de la cooperación entre la Administración y los particulares, así como de la actividad prestacional y económica de la Administración.

De ahí la necesidad de procurar soluciones con profundidad suficiente para permitir que ese 80 ó 90% de "informal ejercicio de la discreción sin revisión", al cual aludimos líneas atrás, se incorpore en plenitud al coto jurídico en el cual, razonables salvaguardas jurídicas, tutelen los derechos de los particulares.

Aquí, en este tema, está otro de los desafíos, pues el fácil y tradicional método de asimilar parámetros de discrecionalidad con órbitas de legitimidad, a fin de posibilitar la revisión judicial posterior, ha demostrado ser insuficiente en la sociedad de las últimas décadas del siglo XX. Por ello, es obvio que la solución debe plasmarse mediante un esquema moderno de procedimiento administrativo que asimile el peculiar ejercicio de atribuciones discrecionales y su revisión administrativa concomitante.

No es que reneguemos ni retrocedamos en aquel logro de los fundadores del régimen administrativo que enfatizaron la revisión judicial, pero ella no basta, es insuficiente, no sirve como solución aislada; pensar lo contrario es autoengañarse. El enjuiciamiento judicial de la discrecionalidad no debe desaparecer, pero, como sabemos, debe limitarse a los límites jurídicos de la discrecionalidad; no sería posible ni eficaz reconocer al juez la facultad de sustituir a la Administración en sus apreciaciones políticas. Sería una suplantación, una verdadera invasión de esferas de poder y de responsabilidad que no pertenecen al juez, quien no puede, con la excusa de una acción contencioso administrativa, gobernar, sustituyendo la responsabilidad del Ejecutivo.

VI. La legalidad como presupuesto del Estado de Derecho

Discrecionalidad no significa "libertad de elección". La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el derecho, deber orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actualización, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones —sobre todo cuando se trata de normas de programación final—, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad.

Pero incluso, más allá de estos parámetros jurídicos en sentido estricto, no comienza todavía la esfera de libre apreciación de la oportunidad. Aún deben observarse los criterios de eficiencia. Se trata de criterios especialmente relevantes porque disponen de un sistema de control propio, a saber: el que ejercen ciertos organismos en el control de gestión.

Estos criterios ponen de manifiesto que entre los parámetros jurídicos y las demás orientaciones normativas existen límites muy fluidos. Así, por ejemplo el principio de proporcionalidad no constituye en todos los sentidos un estricto parámetro jurídico. A la inversa, el principio de eficiencia comprende también amplias zonas en las que despliega efectos de genuina vinculación jurídica. Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la Administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de toda una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido "correctamente" no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la "corrección" de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios.

El fin normativo determina el círculo de los criterios de corrección que legítimamente han de tenerse en cuenta, al tiempo que aporta indicaciones sobre cómo deban valorarse éstos en cada situación concreta en el marco de la ponderación típica en todo supuesto de ejercicio de discrecionalidad. En este contexto debe determinarse asimismo en qué medida los distintos criterios resultan compensables entre sí. Sin duda alguna que el principio de legalidad —que, como se ha visto, no es en absoluto ajeno al ejercicio de las potestades discrecionales de la autoridad— es una base institucional determinante de todo Estado de Derecho. Su función, en el ámbito de la seguridad jurídica, se materializa en garantizar la vinculación de los órganos públicos a las normas objetivas del ordenamiento positivo. Sólo puede haber orden jurídico allí donde el poder público se halla él mismo sujeto a normas. Y ello porque la seguridad —esencial al derecho— es función directa de la certeza con que podamos atenernos al comportamiento de quienes disponen de los poderes más amplios y menos vulnerables.

Con todo, al hacer mención del principio de legalidad, es preciso formular una clara distinción entre el principio denominado de legalidad *strictu sensu* —llamado también de "reserva legal"—, que es aquel que reserva a la norma de rango legal la regulación exclusiva de determinadas materias, las que pasan así a ser del dominio legal o de única competencia del órgano legislativo, del principio de legalidad en sentido lato, que emana de disposiciones generales de orden constitucional que consagran la separación formal u orgánica de las funciones públicas, determinan las que corresponden a cada órgano en particular y fijan los límites de su ejercicio.

Justamente, es al derecho administrativo al que corresponde dar respuesta cuando la cuestión choca entre la responsabilidad política, propia de los poderes administrativos, y el derecho, que se constituye en el límite del ejercicio de dichos poderes. Más aún: ese límite es el derecho administrativo; es justamente su función y su contenido. No hay otra solución. No cabría diseñar analíticamente una frontera entre derecho y política; ese límite es, simplemente, el derecho, y dentro de éste, el administrativo. Siempre que sea posible hacer la censura jurí-

dica, en nombre del derecho, a una determinada acción administrativa, el juez estará actuando en su propio ámbito constitucional. En esos casos, no sólo puede, *sino que debe hacerlo*. Dejará de actuar en ese ámbito, y, por tanto, no actuará válidamente, si lo que hace es una censura política, de oportunidad, mérito o conveniencia. Quiere decir que para la Constitución las responsabilidades del Ejecutivo con las instituciones no implican la posibilidad de infringir la ley y el derecho; de ahí que el Estado sea el Estado de Derecho.

CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

por HÉCTOR A. MAIRAL *

En una materia que pareciera refractaria a la intervención de los jueces, cual es el control judicial de las políticas públicas, el profesor Tomás Ramón Fernández nos ha ilustrado acerca de los diversos mecanismos que existen en el derecho español para provocar ese control. Cabe a nosotros inquirir si similares, o incluso adicionales, consideraciones son válidas en el derecho argentino.

En nuestro derecho partimos de una concepción del principio de separación de los poderes que considera como algo normal y necesario que el Poder Judicial controle a los dos poderes políticos. Nuestro derecho reconoce la existencia plena de tres poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, y no sólo de los dos primeros como se ha sostenido en Francia. Por lo cual no es necesario, entre nosotros, superar ninguna barrera conceptual o histórica para que los jueces revisen la constitucionalidad de las leyes y la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Ejecutivo y de sus órganos subordinados. Ello fue admitido por la Corte Suprema desde su creación en 1863 y no ha sido nunca objeto de discusión.

El impacto de esta concepción constitucional sobre la materia hoy en análisis es obvio: al control de la actividad reglamentaria que hemos aprendido en los manuales de derecho administrativo francés, agregamos el control de la constitucionalidad de las leyes, el cual, tal como ocurre con su fuente, el derecho norteamericano, es de carácter difuso y puede —más bien debe— ser ejercido por todos los jueces de la República, cualquiera sea su jerarquía. Como se observa, esta faceta agrega un campo de acción muy grande al control de las políticas públicas por parte de los jueces, nada menos que la determinación de la validez de las leyes que imponen esas políticas.

Ahora bien, este control está sujeto a diversas limitaciones para evitar que el Poder Judicial se convierta en un poder superior a los otros dos. Una de estas restricciones, que mucho ha dado que hablar entre nosotros últimamente, pero que no es, estrictamente, parte del presente análisis, lo constituye la limitación de los efectos directos de la sentencia al caso que el tribunal resuelve.

Pero la restricción principal, la que nos ocupa en esta ocasión, es aquella que impide al Poder Judicial juzgar la oportunidad, mérito o conveniencia de los actos de los otros dos poderes. Esta posición ha sido sistemáticamente sostenida

* Profesor titular de Derecho Administrativo, UBA.

por la Corte Suprema, aun frente a fallos de tribunales inferiores que seguían un criterio más amplio en la admisión del control sobre medidas públicas. Así, en el caso "Prodelco", la Corte recordó "... la tradicional jurisprudencia del tribunal cuya sintética formulación postula que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial" [1].

Cabe inquirir entonces qué aspectos quedan sujetos al control de los jueces. La pregunta puede insertarse en una más amplia, favorita de los estudios de derecho público comparado: ¿Es capaz un sistema judicialista de ejercer un control adecuado sobre los actos de la Administración como ha demostrado poder hacerlo un sistema de justicia administrativa? Esperamos, con este trabajo, apuntar algunas observaciones que apoyarían una respuesta afirmativa al interrogante.

Comencemos por los aspectos menos conflictivos. En primer lugar, el procedimiento. Es claro que el tribunal puede, sin mengua de su restricción constitucional, determinar si la administración ha seguido los pasos de procedimiento que marca la ley. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha declarado controlable la circunstancia de si el Directorio de un ente regulador contó con el *quorum* legal al dictar el acto cuestionado [2]. En aquellos casos en los que la ley ha establecido un procedimiento previo al dictado del acto, la Justicia ha sido firme en condicionar la validez del acto administrativo general o individual al respeto del procedimiento. Así se ha decidido repetidamente con respecto a las audiencias públicas [3]. Más aún, tal es la importancia que la doctrina y la jurisprudencia otorgan a este mecanismo de participación ciudadana, que se han anulado actos adoptados con omisión del requisito pese a que éste no venía expresamente exigido [4]. Como se ve, la posición de esta jurisprudencia podría parecer contraria a la decisión que en 1978 sentó la Corte Suprema norteamericana en *"Vermont Yankee"*, cuando rechazó la posibilidad de que el tribunal agregue formalidades no requeridas por la norma aplicable [5]. La cuestión es ardua, porque ante la dificultad de centrar el análisis en los aspectos de fondo, dada la restricción constitucional que ya hemos señalado, es fuerte la tentación del juez para exagerar las exigencias formales que sí puede controlar.

[1] LL 1998-C-585.

[2] "Distribuidora de Gas Pampeana SA v. Ente Nacional Regulador de Gas", C.S.J.N., 24/10/00, JA 2001-IV-241.

[3] Cfr. CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Youssefian v. Secretaría de Comunicaciones", LL 1997-F-270; *id.* LL 1998-D-712; "Unión de Usuarios y Consumidores v. Secretaría de Transportes", LL 1999-E-211.

[4] Cfr. CNFed. Cont. Adm., sala V, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Secretaría de Comunicaciones", LL 2001-F-98 con nota de J. I. Barraza, "La audiencia pública y algunos principios que surgen de un pronunciamiento judicial".

[5] "Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC", 435 U.S. 519 (1978). Al respecto, ver DAVIS, K. C. y PIERCE (Jr.), R. J., *Administrative Law Treatise*, t. I, 3ª ed., 1994, ps. 346-351.

Excluyendo el caso especial de las audiencias públicas en materia de servicios públicos, el gran ausente en nuestro derecho es la exigencia de un procedimiento previo para la sanción de reglamentos. Este aspecto se ha desarrollado extensamente en el derecho norteamericano, donde se prevén diversos tipos de procedimiento, unos más formales que otros, para permitir el dictado de un reglamento, siendo el más común de ellos el de *"notice and comment"* que obliga a publicar la intención de sancionar el reglamento y los propósitos que se esperan lograr con él, se admite la presentación de informes y opiniones escritas por parte de los interesados, y se exige que la decisión final que emite el reglamento tome en cuenta, en cuanto fueren pertinentes, las presentaciones de los particulares [6]. Un avance para el derecho argentino lo constituye un reciente decreto que prevé un procedimiento previo para estos supuestos, similar en algunos aspectos al norteamericano que venimos de mencionar, pero al hacerlo optativo y no obligatorio su efectividad se ve reducida [7].

No puede silenciarse la importancia que tiene este punto para nuestro derecho. Los abusos reglamentaristas son de ocurrencia cotidiana [8], pero frente a ellos y, principalmente, frente a las sanciones impuestas por violarlos, existen limitadas defensas jurídicas. No es fácil la situación del particular, quien, sorprendido en incumplimiento normativo, se refugia en la impugnación de la validez de la regla violada. Por ello, la posibilidad de exponer los defectos del reglamento antes de que se suscite una controversia y la correlativa obligación de la administración de tomar en cuenta las observaciones de los particulares, aunque sólo sea para rechazarlas motivadamente, pueden agregar elementos de juicio que amplíen el espectro de cuestiones en las que puede entender el juzgador. A través de este requisito, pues, la motivación, actualmente aspecto casi irrelevante en el control de los reglamentos, ya que generalmente basta en la práctica con vagas apelaciones al interés público para sustentar la nueva norma general, adquiriría importancia como factor en el cual centrar la mirada del tribunal para determinar la validez o invalidez del reglamento.

Otro aspecto cuya revisión aceptará fácilmente el tribunal es el de la competencia. Así, ha dicho nuestra Corte Suprema, con cita del precedente norteamericano "Baker v. Carr": "El ejercicio del control de constitucionalidad... exige examinar, en primer término, si la norma fue dictada dentro del ámbito de las facultades que le competen al Poder Ejecutivo Nacional. En efecto, decidir... 'si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas, es en sí mis-

[6] Así lo exige la sección 553 del *Administrative Procedure Act*.

[7] En el anexo V del decreto 1172/2003 consta un "Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas".

[8] Gordillo es elocuente al respecto (*Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 5ª ed., Buenos Aires, 1998, p. VII-39).

mo un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución'" [9].

En nuestro derecho, amén de los tradicionales casos de incompetencia por razón materia, territorio y grado que hemos tomado del derecho europeo, aparecen dos cuestiones de significativa relevancia. Nos referimos a la incompetencia de las autoridades nacionales o provinciales en el marco de un régimen federal como el argentino, y a la inconstitucionalidad de las normas que pretenden rango legislativo emanadas del Poder Ejecutivo.

De acuerdo con el sistema federal impuesto por la Constitución, las provincias retienen todo el poder no delegado a la Nación. Así lo expresa su art. 121. Entre las principales materias no delegadas se encuentran las regidas por el derecho administrativo, cuyo carácter "local" es así unánimemente reconocido desde antaño por la jurisprudencia nacional [10]. De allí entonces que ante toda norma que incida sobre nuestra materia emanada de las autoridades nacionales quepa la pregunta inicial acerca de la existencia de una delegación constitucional a favor del poder central que valide el ejercicio de la competencia respectiva. A este respecto, amén de las cuestiones expresamente encomendadas al Gobierno nacional, como la creación de una moneda nacional y la fijación de su valor y las pesas y medidas, encontramos una cláusula general en la cual se apoyan por lo general las medidas de este tipo que él adopta: la que atribuye al Congreso de la Nación la reglamentación del comercio entre las provincias y con los países extranjeros [11]. Leyes sobre controles de precios, sobre protección al consumidor y sobre publicidad de ciertos productos, son ejemplos del ejercicio de esta competencia. Difícil tema es el de las facultades concurrentes en este campo, toda vez que no siempre la delegación a favor del poder central equivale a una ablación del poder provincial en la materia. En algunos supuestos, la concurrencia de poderes viene expresamente prevista por la Constitución, como ocurre con las normas de protección del medio ambiente que prevé su art. 41. En otros, tal concurrencia ha sido admitida a través de la interpretación constitucional realizada por la jurisprudencia, tal el caso de regulación económica [12]. La existencia de poderes concurrentes suscita entonces la cuestión de la compatibilidad de normas que rigen una misma materia, pero que emanan de los diferentes poderes, en cuyo caso la Corte Suprema ha establecido la regla que sólo rechaza la norma provincial cuando ella es incompatible con la nacional [13].

Sin embargo, la cuestión más controvertida en el momento actual del derecho público argentino radica en la validez de las normas de rango legislativo

[9] "Provincia de San Luis v. Estado Nacional s/ acción de amparo", C.S.J.N., 05/03/03, LL 2003-C-472.

[10] C.S.J.N., "Empresa Plaza de Toros v. Provincia de Buenos Aires", *Fallos*, 7: 150 (1869).

[11] CN, incs. 11 y 13 del art. 75.

[12] C.S.J.N., en "CAVIC v. Juan Maurín y Cía. SRL", *Fallos*, 277: 158 (1970).

[13] C.S.J.N., "Mendoza v. Prov. de San Luis", *Fallos*, 3: 131 (1865).

emanadas del Poder Ejecutivo, tema que ha merecido enjundiosos análisis por lo cual sólo puede ser someramente enunciado en el presente, al solo efecto de completar el panorama de las cuestiones sobre las que puede versar el control judicial de las políticas públicas.

Bajo el régimen de la Constitución de 1853/60, la validez de tales normas era discutible y, en algunos casos, claramente inadmisible. En el supuesto de la delegación de facultades legislativas, a partir del caso "Delfino y Cía.", de 1927 [14], nuestra Corte Suprema, siguiendo los precedentes norteamericanos, admitió la posibilidad de encomendar al Poder Ejecutivo la facultad de llenar ciertos detalles que la ley dejaba en blanco, o de subir o bajar alícuotas impositivas dentro de topes fijados por la ley, siempre que la ley delegante estableciera estándares o políticas inteligibles a los que el Poder Ejecutivo debía ajustarse al ejercer la competencia delegada. Podía sostenerse, entonces, que la norma así dictada por el Poder Ejecutivo tenía rango sub-legal, en cuanto se movía dentro del marco de una ley determinada y con los límites que ella marcaba, y no podía modificar ley alguna.

La situación comenzó a variar a principios de la década de 1990, al admitir la Corte Suprema —en fallo criticado— delegaciones, ya no fundadas en norma expresa de ley específica alguna, sino en lo que llamó un "bloque de legalidad", compuesto por una serie de leyes a las que unió como parte de un programa político único, con lo que expandió considerablemente el campo de acción de este instituto [15]. Pero la Reforma Constitucional de 1994 terminó por confundir las cosas al establecer en su art. 76 dos reglas sucesivas pero opuestas: una que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo y otra que, sin solución de continuidad, la autoriza para "materias determinadas de administración o emergencia pública". La excepción puede ser interpretada con tal amplitud, especialmente en un país como la Argentina —que, como bien se ha dicho, vive en "emergencia permanente"—, que cabe preguntarse cuál es la regla y cuál la excepción. Entre los graves interrogantes que la norma suscita, y que aún aguardan respuesta de la Corte, mencionaremos dos: dada una situación de emergencia, ¿cabe excluir alguna materia como no apta para la delegación legislativa? ¿El reglamento dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una delegación legislativa, tiene rango análogo o inferior al de la ley?

En general, la doctrina parece inclinarse por considerar que los temas excluidos de la reglamentación por vía de decretos de necesidad y urgencia (o sea, los penales, tributarios, electorales y de partidos políticos) tampoco pueden ser objeto de delegación legislativa, solución que nos parece correcta en cuanto puede fundarse en un razonamiento *a fortiori* [16]. En cuanto al segundo interrogante,

[14] *Fallos*, 148: 430.

[15] "Cocchia v. Estado Nacional", *Fallos*, 316: 2624 (1993).

[16] En este sentido, al menos en materia tributaria, parecería inclinarse la Corte Suprema (C.S.J.N., "Selero SA v. Jefatura de Gabinete de Ministros", LL 2/6/2004).

sobre el cual las opiniones están divididas, consideramos que sería incongruente con el propósito declarado de la Reforma Constitucional de 1994 de reducir las potestades del Poder Ejecutivo, admitir que, como resultado de ella, el Presidente pueda ahora —lo que antes no se permitía— ser habilitado por el Congreso para dictar verdaderas leyes.

En lo que respecta a las medidas de rango legislativo dictadas sin apoyo en ley alguna sino con alegación de una situación de emergencia —los decretos de necesidad y urgencia—, la doctrina constitucional fue por lo general reacia a su admisión, mas no así la administrativista, reflejando una vez más las distintas vertientes en las que ellas abrevan, norteamericana la primera y europea la segunda [17]. El fallo de la Corte Suprema en el caso "Peralta", recaído en el año 1990, fue el primero que admitió frontalmente la validez de esta práctica, y lo hizo en un caso de aristas polémicas, al validar el decreto que estableció el llamado "Plan Bonex", por el cual se convirtieron obligatoriamente los depósitos bancarios en pesos, en títulos públicos emitidos en dólares, infligiendo así una importante pérdida inicial a los depositantes así afectados [18].

Nuevamente en este punto, la Reforma Constitucional de 1994, so capa de restringir las facultades legislativas del Poder Ejecutivo, estableció expresamente, en el inc. 3º del nuevo art. 99, la facultad del Presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia "cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos". Esta norma, unida a la renuencia del Congreso en sancionar la ley regulatoria de la facultad presidencial que prevé seguidamente el mismo inc. 3º, ha dado pie para la considerable extensión de la facultad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia, extensión aún no frenada total o efectivamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Cierto es que en "Verrocchi" [19] la Corte estableció pautas estrictas para admitir la validez de un decreto de necesidad y urgencia, pero lo cierto es que dichas normas continúan siendo dictadas por decenas (sino por centenares) sin que el sistema jurídico haya aún encontrado un remedio eficaz para contenerlas. Al presente, la posibilidad de ratificación por el Congreso sin límite de tiempo desalienta los pedidos de control judicial ya que, sobre la base de la experiencia ya desarrollada, los particulares prevén que, de volverse el tema candente para el gobierno, la norma cuestionada será ratificada a través de la inclusión de un artículo en una futura ley de presupuesto.

[17] Cfr. Ekmekdjian, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, ps. 499-514.

[18] C.S.J.N., "Peralta, Luis A. y otro v. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central", *Fallos*, 313: 1513.

[19] *Fallos*, 322: 1726 (1999).

Es importante a este respecto el ya citado fallo de la Corte Suprema en el caso "Provincia de San Luis" porque en él se declaró inconstitucional un decreto de necesidad y urgencia en cuanto dispuso "pesificar" los depósitos bancarios en moneda extranjera, sosteniendo que la sanción —apenas un mes antes del dictado del decreto en cuestión— de una ley de emergencia que no contemplaba tal posibilidad, obligaba al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad de legislar sobre el punto manteniéndose dentro de las pautas que había fijado esa ley. El Tribunal tampoco encontró válida la norma como decreto delegado, ya que los objetivos declarados de la Ley de Emergencia al delegar facultades al Ejecutivo, de proteger el valor de los depósitos bancarios, le pareció incompatible con la pesificación dispuesta en ejercicio de tal delegación. Es tema de debate actualmente si la Corte Suprema, en su nueva composición, confirmará o descartará la solución de este fallo.

Como se observa, pues, una cuestión fundamental en lo que hace al control judicial de las políticas estatales, cual es la competencia del Poder Ejecutivo para ponerlas en vigencia a través de normas de rango legislativo emitidas por él mismo, constituye, hoy día, un tema abierto en nuestro derecho público y lo seguirá siendo hasta tanto no se decante la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto.

Entrando al tema del control de fondo de las políticas públicas, cabe señalar que el primer filtro por el que ellas deben pasar es el impuesto por las garantías constitucionales, tales como la libertad personal y de prensa, la igualdad, la propiedad y los derechos de enseñar y aprender y ejercer industria lícita.

Fue así como, por aplicación de la garantía de la igualdad, un antiguo fallo de la Cámara Civil revocó una decisión municipal que rechazaba la habilitación de un sanatorio construido en un barrio residencial atento a que —pared por medio— ya funcionaba otro sanatorio que sí contaba con tal habilitación desde hacía muchos años [20]. La cuestión es difícil, porque el carácter de una zona se degrada crecientemente ante nuevas excepciones a las normas de urbanismo, por lo cual la aplicación del principio de la igualdad puede desembocar en la generalización de las excepciones y en la consiguiente desnaturalización de las políticas urbanistas no bien admitida la primera excepción.

Pero es hoy día la alegada violación de la garantía a la propiedad lo que constituye la principal cuestión en debate, ya que con tal fundamento se ataca el decreto 214/2002 y la restante normativa que convirtió obligatoriamente en pesos los depósitos bancarios en dólares (la llamada "pesificación"), como una de las medidas arbitradas para solucionar la crisis económica desatada por el abandono de la política de convertibilidad y la consiguiente significativa devaluación de la moneda argentina.

[20] "Santoro", LL 130-602 (1967).

La jurisprudencia tradicional de la Corte para situaciones de emergencia había admitido la validez de las normas restrictivas de los derechos patrimoniales siempre que fueran razonables, limitadas en el tiempo, y constituyeran "un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato" [21]. Pues bien, en el caso "Provincia de San Luis", la Corte Suprema consideró que se daba una afectación sustancial del derecho de propiedad y agregó así una razón de fondo a las fundadas en la carencia de facultades del Poder Ejecutivo que ya se han mencionado, para declarar inconstitucional tal "pesificación". Es interesante comparar esta decisión con la recaída en "Peralta", donde la restricción impuesta al derecho de propiedad no se juzgó de igual manera. Desde un punto de vista económico, tanto en "Peralta" como en "Provincia de San Luis" la afectación *inicial* fue significativa [22], pero la evolución de los valores y variables de ajuste aplicables la fueron reduciendo paulatinamente en ambos casos.

Mención aparte merece el tema de la garantía de la razonabilidad de las leyes que Linares desarrollara agudamente hace ya varias décadas [23], y que permite al juzgador verificar si la normativa impugnada guarda un mínimo de compatibilidad con los valores medios de la sociedad. No se trata de determinar si la solución legal o reglamentaria está de acuerdo con las preferencias del juez, sino que éste, con la prudencia y modestia que le impone su limitada función constitucional en este aspecto del control, considere si una persona razonable podría haber llegado a la misma que adoptó el legislador. Así, en el citado caso "Prodelco" [24], la Corte admitió que "...planteado un caso concreto —una "causa" en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional— se (despliega) con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos...; por ende, una vez constatada la iniquidad manifiesta de una norma... o de un acto de la Administración... corresponde declarar su inconstitucionalidad". El juez, por lo tanto, no reemplaza el juicio de conveniencia que ha llevado a cabo el legislador o el administrador, sino que evalúa cuán compatible es tal juicio con las pautas promedio de valoración de la sociedad que integra. Idéntica respuesta merecen los casos de la llamada "discrecionalidad técnica", en los cuales bastará con la existencia de alguna opinión técnica seria favorable a la

[21] C.S.J.N., "Ottolagrano, Ítalo Juan v. Verardi, Arturo s/ desalojo", *Fallos*, 243: 467 (1959), entre muchos otros.

[22] Con el "Plan Bonex", la medida cuestionada en "Peralta", la afectación inicial fue del 50% (GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 159). Con la "pesificación" impugnada en "Provincia de San Luis", según la evolución del tipo de cambio la afectación llegó a superar el 50% durante parte del año 2002, pero posteriormente se ha reducido a aproximadamente el 25%.

[23] LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1970.

[24] Nota 1, *supra*.

posición del emisor de la norma para validar a ésta, independientemente de la existencia de otras opiniones técnicas divergentes. Sólo la abrumadora preferencia de los expertos por una posición contraria a la del emisor de la norma, hipótesis que es más de laboratorio que de ocurrencia probable, puede llevar al tribunal a invalidar esa norma.

Observamos aquí que la inclinación del juzgador a respetar la elección del autor de la política estará en relación inversa con la importancia de los valores en juego. En un sonado caso de disciplina escolar, en el cual la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal convalidó una sanción de expulsión [25], fue claro que el tribunal no quiso sustituir a las autoridades del colegio en la elección de la medida más indicada para mantener la disciplina frente a la inconducta del alumno y validó así una sanción que, quizás, el tribunal no hubiere dictado. En el extremo opuesto de la escala, podríamos imaginar una política oficial de vacunación obligatoria que, pese a salvar vidas, causara un número porcentualmente muy pequeño de muertes. Es previsible que en este supuesto el tribunal querrá, primero, cerciorarse plenamente de la corrección científica de la posición que sustenta la política oficial y probablemente además, aunque no quiera reconocerlo expresamente, sustituirá el criterio del autor de la norma por el suyo propio.

¿Podría un tribunal judicial, en nuestro régimen constitucional, llegar al extremo del tribunal administrativo francés que declaró nulo un acto administrativo ante la falta de proporcionalidad entre los objetivos perseguidos por dicho acto y el sacrificio que el mismo imponía a otros valores? Nos referimos al caso "Sainte-Marie de l'Assomption", en el cual el Consejo de Estado anuló una medida administrativa que declaraba de utilidad pública la construcción de un acceso a una autopista porque ella obligaba a expropiar gran parte del jardín del único hospital psiquiátrico de la región, afectando así el funcionamiento de éste [26]. Pensamos que actualmente en la Argentina, de existir una desproporción similar entre los intereses en juego y probarse una afectación de valores de similar importancia, es posible que el tribunal considere a la medida irrazonable en cuanto no se demuestre la imposibilidad práctica de soluciones alternativas. Obsérvese aquí que la jurisprudencia norteamericana, emanada también de un sistema judicialista como el nuestro, ha anulado una decisión administrativa porque ésta no había tomado en cuenta una alternativa obvia [27]. En nuestro derecho se observa un caso de control judicial que recayó sobre la proporción que existe entre los fines perseguidos por el acto y los medios que él impone al efecto (en la especie, la obli-

[25] "Liberman, Isaac y otra v. Estado Nacional, Ministerio de Educación", Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, LL 1992-D-337.

[26] Decisión del 20/10/1972, Recueil Lebon 657.

[27] "Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.", 463 U. S. 29 (1983).

gación de adquirir e instalar mecanismos electrónicos para emitir comprobantes fiscales) y que, por ende, admitió la posibilidad de declarar irrazonable, y, por tanto, ilegítimo, al acto que viola el principio de proporcionalidad [28]. También ha utilizado la Corte Suprema el argumento de la inexistencia de alternativas para validar medidas restrictivas de los derechos individuales [29], con lo cual reconocería —*a contrario sensu*— que la cuestión referente a la idoneidad de la política frente a otras alternativas sí disponibles puede llegar a ser objeto del control judicial. Ello demuestra que, en el estado actual de nuestro derecho, ya no puede descartarse totalmente la potestad del tribunal judicial de realizar un análisis costo-beneficio de similar profundidad al de un tribunal administrativo proveniente de un sistema de doble jurisdicción.

La incorporación de diversos tratados a la Constitución a través del reconocimiento de su jerarquía constitucional plantea novedosos problemas respecto al control de las políticas públicas. En efecto, varios de estos tratados establecen "derechos", tales como el derecho a trabajar y el derecho a un nivel de vida adecuado [30], que se diferencian de los tradicionales derechos constitucionales que se ejercían "contra" el Estado y, por ende, podían ser otorgados por los jueces a todos quienes los reclamaban a través del arbitrio de invalidar las decisiones estatales que los desconocían. Los nuevos derechos no pueden, obviamente, ser otorgados por los tribunales sin la intervención de los restantes órganos del Estado, ya que para su plena vigencia no basta con la eliminación de ciertos actos estatales del mundo jurídico, sino que se requiere una prestación concreta y efectiva. Pero esta conclusión, que no difiere de la situación creada por las leyes que otorgan ciertos beneficios a un sector de los particulares, se complica al observar que la prestación requerida del Estado por los tratados en cuestión no puede ser reclamada simultáneamente por todos quienes carecen de ella, ya que su otorgamiento depende de los recursos limitados con que cuenta el Estado. De allí que estos "derechos" puedan ser invocados solamente en casos aislados, y así han sido ya acogidos varios casos por la jurisprudencia, pero no pueden dar pie a un reconocimiento general por vía judicial sin convertir a los tribunales en un Súperpoder que fija las políticas de vivienda, ingresos y pleno empleo, les atribuye recursos a través de normas presupuestarias que él mismo debería crear, y provee a esas erogaciones imponiendo las contribuciones necesarias para financiarlas. Por lo tanto, estos nuevos "derechos" pueden ser alegados para remediar la pasividad burocrática ante casos patéticos de carencia o para interpretar generosamente las leyes que prevean determinados beneficios, pero nunca como fundantes

[28] "Cámara de Comercio y Producción v. Administración Federal de Ingresos Públicos", C. Fed. de Resistencia, 11/7/2000, JA 2001-I-454.

[29] Así interpreta Gelli (*Constitución...*, cit.) el Considerando 24 del fallo "Peralta", cit. en nota 18, *supra*.

[30] Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 23 y 25.

de un rol político de ejercicio de la justicia distributiva a favor de los tribunales judiciales.

Problemas similares se observan en la interpretación de las normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que imponen a los Estados miembros ciertas obligaciones en la lucha contra ese flagelo, así como la adopción de políticas eficientes en pro de la transparencia de los actos públicos. Nuevamente, estas normas pueden jugar como auxiliares para interpretar la validez de actos estatales impugnados por contrariar los propósitos de la citada Convención allí donde no exista una norma expresa violada. Existen opiniones [31] que llegan incluso a sostener que también es misión del tribunal controlar si el acto administrativo respeta el principio de eficiencia, con lo cual se amplía el control judicial a materias rayanas con la conveniencia de la tarea administrativa.

Otra forma de llegar al control de las políticas públicas es mediante el control de los actos a través de los cuales ella es aplicada. En efecto, el control judicial de la política pública puede ejercerse a través del control de los actos de aplicación cuando las razones de invalidación de dichos actos son extensibles a todos o a una gran parte de ellos. Así, la existencia de motivaciones irrelevantes o irrazonables como fundamento de actos de aplicación permite descalificar todos los actos que ostentan tales motivaciones. Aquí los problemas que se plantean son varios. En primer lugar, si se observara recalcitrancia en la Administración ante la invalidación judicial por defecto en la motivación, cabrá concluir que la Administración no expone las verdaderas razones de sus actos, ya que si sigue dictando el mismo acto con motivaciones diferentes, ello permite concluir que el acto es nulo por falta de causa (motivos), ya que los alegados en la motivación no son idóneos para sostenerlo y los no alegados no pueden fundamentar un acto estatal en un régimen de Estado de Derecho. En segundo lugar, la coexistencia de motivos válidos con otros inválidos plantea la cuestión de la suficiencia de los primeros para apoyar al acto. La doctrina francesa de los motivos determinantes y los superabundantes [32] ofrece una pauta razonable para el juzgador, ya que de existir motivos válidos que por sí solos bastan para sustentar el acto, la presencia de otros inválidos pero innecesarios no debiera llevar a su descalificación por el tribunal. Más difícil es la cuestión cuando la administración goza de facultades discrecionales para graduar la gravedad del acto, ya que no podrá saber el tribunal qué acto hubiera dictado el funcionario de haberse fundado sólo en los motivos válidos. La anulación con reenvío al órgano decidor parece en estos casos la solución más apta.

Retomamos aquí el fenómeno de la exageración reglamentarista que mencionáramos más arriba. El mismo es una realidad observable a nivel mundial que

[31] Así, GORDILLO, A., *Tratado...*, t. I, cit., Cap. XVI.

[32] SAUVIGNON, E., *La pluralité de motifs dans l'exercise d'un pouvoir discrétrionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 1971, p. 200.

acarrea deletéreas consecuencias, a punto tal que Hernando de Soto la considera una de las principales causas de la corrupción. El derecho no puede, entonces, quedar indiferente ante este fenómeno que destruye la esencia del Estado de Derecho al colocar a amplias capas de la población en situación de incumplidoras de la ley y, por ende, en indefensión jurídica.

Es necesario encontrar soluciones y una de ellas puede ser la admisión de la defensa que podemos llamar "del control discriminatorio". En efecto, cuando las normas imponen requisitos que sólo unos pocos pueden cumplir, su aplicación uniforme y universal llevaría a la parálisis de la actividad. Por consiguiente, este tipo de excesos frecuentemente va acompañado de un control selectivo no siempre fundado en pautas racionales [33]. De allí la paradoja de que quienes en más alto grado cumplen con la normativa cuestionada (y, por ende, los menos proclives a aceptar presiones de los funcionarios inescrupulosos) sean aquellos sobre quienes suele particularizarse la sanción. La demostración de la imposibilidad práctica del cumplimiento cabal de las normas, unida a la prueba comparativa del grado de cumplimiento propio frente al promedio del sector al que no se controla, constituiría un serio freno a los abusos que describimos. De donde nuevamente se llegaría al control de las políticas por intermedio del control de sus actos de aplicación.

Otro aspecto de las políticas públicas que puede controlar el Poder Judicial es el del momento de su puesta en vigencia. Como tiene decidido reiteradamente la Corte Suprema, "nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos" [34]. Admitido el principio, cabe plantear qué límites sí existen al efecto temporal de una nueva normativa.

El derecho argentino es, por lo general, refractario a la retroactividad de las normas, aun fuera del ámbito del derecho penal. Cuando afecta derechos adquiridos, la retroactividad es pasible de impugnación constitucional, lo que deriva la cuestión a determinar cuándo existe un derecho adquirido. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, ello ocurre "cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho", momento a partir del cual "es inadmisible su modificación por una norma posterior sin agraviar el derecho constitucional de propiedad" [35].

Más fácil es determinar los efectos temporales de la ley cuando ella no lo dispone expresamente. En caso de silencio de la norma, cabe interpretarla en contra de su efecto retroactivo, solución que concuerda con la del art. 3° del Código Civil.

[33] En análogo sentido, cfr. DAVIS, K. C., *Discretionary Justice*, Univ. Illinois, 1971, p. 91.

[34] C.S.J.N., "Dioniro Ghiggi Galizzi v. Banco de Entre Ríos", *Fallos*, 304: 1374 (1982).

[35] C.S.J.N., "Raúl Cuaradeghini v. Banco Central de la República Argentina", *Fallos*, 296: 737 (1976), entre otros.

Por su parte, el art. 13 de la Ley de Procedimientos Administrativos sólo admite que los actos administrativos tengan efecto retroactivo cuando se dictan en sustitución de otro acto revocado (en la medida en que no afecten derechos adquiridos) o cuando ello favoreciere al administrado.

Aspecto distinto es el de la aplicación inmediata de la nueva política, incluso a relaciones en curso de ejecución, a cuyo respecto el art. 3º del Código Civil dispone que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican aun a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes [36]. Sobre el particular, cabe preguntarse si el Congreso puede "inmunizar" relaciones existentes al momento de sancionarse la ley, pero cuyos efectos se prolongan hacia el futuro, declarándolas "derechos adquiridos" y liberándolas así del alcance de futuras leyes restrictivas. Así trató de hacerlo el Congreso con la ley 25.466, que en septiembre de 2001 declaró la intangibilidad de los depósitos bancarios en dólares, lo que no fue óbice para que cuatro meses más tarde el Congreso la "suspendiera" por virtud de la ley 25.561. En el ya citado caso de "Provincia de San Luis", la Corte Suprema tomó en cuenta la ley 25.466 para declarar inconstitucional la "pesificación", con lo cual pareció responder afirmativamente al interrogante, pero al igual que el resto de las cuestiones resueltas en ese fallo la cuestión continúa abierta.

En general, en el tema de la aplicación inmediata de las nuevas políticas se observa una falencia en nuestro derecho al no tomar en cuenta el problema de las legítimas expectativas de los administrados en el sentido de la estabilidad de las normas.

Contrastan con esta suerte de desaprensión por los intereses privados, el cuidado con que ciertas normas comunitarias europeas son puestas en vigencia, a cuyo efecto no es inusual otorgar un plazo de preaviso para su entrada en vigencia a partir de la sanción de la norma, y en algunos casos eximir a las relaciones en curso de negociación del efecto inmediato. Así, mientras que las normas argentinas sobre concentración de empresas fueron de inmediata aplicación al sancionarse la nueva Ley de Defensa de la Competencia que las incluía [37], en Europa normas comunitarias análogas fijaron un plazo de varios meses para su entrada en vigencia además de exceptuar del alcance de las nuevas normas a las transacciones en curso de negociación a la fecha de esa entrada en vigor [38]. Es

[36] En su redacción original, el art. 5º del Código Civil disponía que nadie puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público. Este artículo se derogó en 1968. En esa oportunidad se modificó también el art. 3º para disponer que la retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

[37] La Ley de Defensa de la Competencia 25.156, que impuso el control previo de las concentraciones, entró en vigor inmediatamente.

[38] El Reglamento sobre control de concentraciones de la Comunidad Económica Europea del 21/12/1989 entró en vigor nueve meses después (21/9/1990) y, además, no se aplicó a aquellas concentraciones que se hubieren acordado o anunciado antes de la fecha de entrada en vigor.

éste uno de los puntos en el que se distingue con más nitidez el diferente grado de respeto por los intereses de los particulares que se observa en nuestro país en comparación con el de naciones más adelantadas económicamente. Sin embargo, la reciente difusión de las construcciones europeas sobre la confianza del ciudadano puede llevar a nuestra judicatura a adoptar una postura más estricta frente a los intentos legislativos o reglamentarios de dar vigencia inmediata o aun retroactiva a los cambios normativos [39].

Por último, cabe analizar también las medidas que adopta el Estado para evitar o dificultar el control judicial de sus políticas. En primer lugar se plantea el tema de la oportunidad en que se lleva a cabo el control judicial. Pareciera a veces que la Administración busca implementar, antes de que se produzca el control judicial, programas cuya ilegitimidad reconoce (o teme se declare en juicio), por lo cual intenta colocar tanto a los particulares como a los tribunales ante una política de hechos consumados difícilmente remediable *a posteriori*. La vía del amparo, cuya generosa ampliación es una de las mejores facetas de la Reforma Constitucional de 1994, permitirá por lo general un remedio eficiente ante esta pretensión administrativa. Si bien existen supuestos —las cuestiones tributarias por ejemplo— en los que la Corte Suprema ha sido reacia a permitir defensas que no transcurran por los limitados carriles que ofrece la ley de procedimientos fiscales y que desembocan en la necesidad de pagar el tributo antes de acceder a la instancia judicial, cuando la inconstitucionalidad es patente los tribunales han admitido acciones de amparo y la Corte Suprema ha aceptado pronunciarse sobre la cuestión de fondo [40]. Para esos temas, en los que la acción de amparo no es procedente, sería de suma importancia que se diera rápido curso a las acciones declarativas que sólo plantean cuestiones de pleno derecho. Frecuentemente las medidas que anuncia del Estado son de ilegitimidad patente para el grueso de la opinión jurídica, pero precisamente por tal razón se las instrumenta de manera de impedir el control judicial oportuno, obligando a los particulares a cumplir o arriesgarse a sanciones draconianas que ponen en riesgo la supervivencia de su empresa. El Poder Judicial no puede hacer oídos sordos al reclamo de una decisión rápida acerca de la validez jurídica de tales medidas sin abdicar de su rol de protección de los ciudadanos.

Tema vinculado es el de las graves sanciones que se imponen a quienes no acatan las políticas oficiales pese a cuestionarlas con argumentos razonables. Lejos de nosotros, los fallos norteamericanos, que recién sancionan el incumplimiento de las sentencias que confirman la norma cuando quien la impugnó no lo hizo por motivos baladíes, sino con argumentos serios. En un fallo casi centenario, dijo la Corte Suprema norteamericana que el derecho al control judicial "sería meramente nominal e ilusorio si la parte afectada sólo puede apelar a los tribu-

[39] En este sentido, Coviello, Pedro J. J., "La Confianza Legítima", ED 177-894.
[40] "Video Club Dreams v. Instituto Nacional de Cinematografía", LL 1995-D-247.

nales a riesgo de pagar multas tan elevadas que es mejor someterse a órdenes de incierta legitimidad que pedir la protección de la ley" [41].

Como consecuencia de esta posición, el apelante tiene derecho a una medida judicial que suspenda el devengamiento de las multas durante el curso del proceso y ello aun en caso de ser rechazada finalmente su impugnación si se considera que tuvo motivos razonables para plantearla [42].

Deberíamos adoptar similar actitud en nuestro país. Un sistema que respeta la garantía de la defensa en juicio sabe que dicha garantía también debe proteger a quien litiga sin razón si su planteo es atendible aunque en definitiva sea rechazado. De lo contrario, nadie se arriesgará a impugnar las normas, pues ningún letrado responsable puede asegurar a su cliente que ganará el pleito y ningún cliente aceptará, entonces, correr el riesgo de una sanción que puede provocar su desaparición del mundo jurídico.

Hemos hablado de derecho extranjero. Tenemos prestigiosos profesores extranjeros visitantes. Por ello, quisiera terminar estas palabras con una reflexión: muchas veces usamos el derecho extranjero para validar conductas estatales en base a similitudes formales con normas o principios extranjeros, pero soslayando las diferencias de sustancia. El contexto en el que medidas similares se aplican en el extranjero puede ser muy distinto del nuestro. Para dar un ejemplo elocuente: una cosa son las prerrogativas del Estado cuando las utiliza un Estado solvente y otra cuando las utiliza un Estado insolvente. Considerar que el reconocimiento de ciertas prerrogativas estatales no vulnera la Constitución atento al eventual derecho del afectado por ellas a ser indemnizado, puede ser una doctrina satisfactoria cuando el Estado es solvente, pero destruye las bases del Estado de Derecho cuando el Estado no lo es.

[41] "Wadley Southern Ry. V. Georgia", 235 U.S. 651 (1915).
[42] Mismo tribunal, en "Oklahoma Operating Co. v. Love", 252 U. S. 331.

CAPÍTULO VII

EL ESTADO Y EL ARBITRAJE

LAS DIFICULTADES DEL RÉGIMEN ARBITRAL CIADI SEGÚN LA EXPERIENCIA ARGENTINA [1]

por HORACIO D. ROSATTI

I. SE TRATA DE UN RÉGIMEN CONSTITUTIVAMENTE ANTISISTÉMICO

El régimen de los arbitrajes internacionales CIADI [2] en materia de inversiones no funciona como un *sistema*, entendiendo por *sistema* a la interacción de un conjunto de elementos o componentes heterogéneos que permite dar funcionamiento (o explicar) la complejidad de un determinado fenómeno, sea éste natural (un ecosistema), artificial (un automóvil) o cultural (el idioma) tenga escala macroscópica (el sistema solar), microscópica (el tejido de un ser vivo), o sea apreciable por el ojo humano sin necesidad de prótesis (el sistema eléctrico de un motor), revista entidad material (el cuerpo humano), o sea una creación intelectual (el sistema métrico-decimal).

A partir de dicha caracterización, es posible diferenciar a un *sistema*, dotado de regularidad y previsibilidad funcionales y orientado a una finalidad específica, de un mero *agregado de elementos*, dominado por la casualidad y carente de finalidad propia.

[1] Hemos desarrollado por escrito algunas de las ideas de este artículo en: ROSATTI, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LL 15/10/2003. Las hemos expuesto en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en Santiago, Chile, el 22/9/2003, y en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE-CIME), en París, el 18/12/ 2003.

* Procurador del Tesoro de la Nación.

[2] El CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) es un organismo dependiente del Banco Mundial que fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, instrumento firmado en Washington el 18/3/1965 que entró en vigencia el 14/10/1966. La República Argentina incorporó el citado convenio a su sistema normativo mediante ley 24.353 (BO 2/9/94).

Llevada esta conceptualización a la materia jurídica, es factible deducir cuán peligroso resulta ceder o prorrogar jurisdicción hacia un *régimen jurisdiccional* que no se comporte como un *sistema*, porque entonces el Estado queda al margen de: a) la previsibilidad que dan los precedentes; y b) la garantía que supone la posibilidad de cuestionar un fallo ante un tribunal que pueda enmendar el error de otro sobre el que tiene supremacía.

La experiencia jurisdiccional argentina *post default*, rica en enseñanzas a partir de las desventuras, desaconseja prorrogar jurisdicción hacia tribunales arbitrales patrimoniales que, por imperio legal y más allá de la voluntad de sus protagonistas, están imposibilitados de funcionar como un *sistema*, careciendo de la previsibilidad que supone el seguimiento de precedentes, la casación de la jurisprudencia o la existencia de tribunales de alzada.

Los componentes del régimen arbitral (las partes y los árbitros) de un caso se manejan asilados de los otros casos. No se trata de una cuestión de buena o mala voluntad, sino de la lógica del régimen.

Los tribunales arbitrales CIADI tramitan y manejan sus casos con absoluta autonomía de criterio; el régimen jurídico que los rige impide que exista un tribunal de alzada y/o la casación de la jurisprudencia, por lo que el valor de los precedentes es relativo [3].

Cuando una de las partes de las causas sujetas a arbitraje se reitera (como el caso de la República Argentina en su carácter de demandada), esta imposibilidad congénita del régimen arbitral de funcionar como *sistema* condena a los tribunales a tener una visión atomizada y descoordinada de los casos sujetos a su resolución.

II. Se trata de un régimen autorreferencial y hermético

El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados que crea el CIADI y aprueba el procedimiento de arbitraje internacional establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

a) Presume que si no hubo declaración expresa en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje según el Convenio excluye cualquier otro recurso (art. 26).

b) Presume que si no hubo declaración expresa en contrario, puede recurrirse al arbitraje sin exigir el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales nacionales (art. 26).

[3] Tal como lo demuestran los llamados *casos checos* laudados en el CIADI "CME Czech Rep. B.V. (Netherlands) v. Czech Republic" y "Ronald S. Lauder (U.S.) v. Czech Republic".

c) Faculta al Tribunal Arbitral a resolver sobre su propia competencia (art. 41, 1)[4], pudiéndolo hacer como "cuestión previa" o "conjuntamente con el fondo de la cuestión" (art. 41,2).

d) Otorga al laudo el valor de una sentencia firme dictada por un tribunal del Estado condenado (art. 54, 1)[5], ejecutándose de acuerdo con las normas que sobre el particular estuvieran en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (art. 54, 3).

e) Especifica que el laudo sólo puede ser aclarado, revisado o anulado de acuerdo con los mecanismos previstos por el Convenio, que excluye la jurisdicción local (arts. 50, 51, 52 y 53).

En el contexto normativo reseñado, el régimen arbitral es *autorreferencial*, pues se interpreta a sí mismo (decide sobre su propia competencia —llegando a colisionar incluso con la manifiesta voluntad de los Estados contratantes [6]— y

[4] En uso de esa atribución le ha otorgado legitimación activa no ya a una Sociedad inversora extranjera, sino también a un accionista minoritario de dicha sociedad (CIADI, caso "Lanco Internacional Inc. v. República Argentina", ARB/97/6, fallado 8/12/1998, y luego CIADI, caso "CMS Gas Transmission Company v. República Argentina", ARB/01/8, fallado el 17/7/2003 [decisión del tribunal arbitral sobre excepción de jurisdicción]). Permitir que accionistas minoritarios y remotos puedan reclamar ante el CIADI por una violación a un tratado bilateral y al Convenio CIADI da lugar a posibles laudos contradictorios y al deterioro del sistema de derecho internacional. Esta posibilidad de laudos contradictorios no es hipotética. En el caso de la República Argentina ya existen reclamos presentados por accionistas minoritarios y mayoritarios por los derechos de la misma sociedad y por los mismos hechos. Así, LG&E inició un procedimiento arbitral por las normas dictadas durante la emergencia ante el CIADI por los perjuicios que se le habrían ocasionado en tanto accionista *minoritario* de Gas Natural BAN SA (Caso CIADI ARB/02/1). Por la misma sociedad, y por los mismos hechos, Gas Natural SDG inició un procedimiento arbitral en tanto accionista *mayoritario* de Gas Natural BAN SA ante otro tribunal (Caso CIADI ARB/03/10).

[5] El laudo, ubicado temporalmente al final de la travesía del arbitraje, completa el mecanismo de sustitución (ahora desde una perspectiva "retroactiva") de la regla del agotamiento de los recursos internos, previamente menguada o desconocida por el propio texto de los TBIs. Ello así no sólo por la equiparación del laudo a una sentencia de un tribunal interno, "sino también porque la calificación de 'firme' aplicada a esa sentencia refleja que mediante el arbitraje del CIADI y el recurso de anulación, se entiende que dichos recursos han sido agotados. De este modo la limitación de soberanía que representa la renuncia al control del *exequatur* se presenta como un corolario de la limitación de la soberanía que supone la renuncia a la jurisdicción de los tribunales internos en las controversias sometidas al CIADI" (VIVES CHILLIDA, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGrawHill, Madrid, 1998, p. 235).

[6] En las decisiones de jurisdicción dictadas en los casos *CMS* (Caso CIADI ARB/01/8) y *ENRON Sellos* (Caso CIADI ARB/01/3) se desconocieron los límites que los estados establecieron a la competencia y a la jurisdicción de los tribunales CIADI. Así:

a) Pese a que el Convenio CIADI exige *control* para poder demandar por los derechos de una sociedad local ante tribunales CIADI (art. 25[2][b] *in fine*), a que ello fue tenido especialmente en cuenta por los estados que participaron en la elaboración

sobre la elección e interpretación de los estándares aplicables a los casos sujetos a resolución) y es *hermético*, porque juzga que si se ha elegido la vía arbitral no puede intentarse ninguna otra (*cepo de ingreso*), y porque lo que ha decidido no puede discutirse en ninguna otra instancia que no sea la arbitral (*cepo de egreso*).

Esta *hermeticidad* (*cepos de ingreso y egreso*) no es sólo procesal, sino también sustancial; se manifiesta en la probada incapacidad del régimen para relacionar al derecho público nacional (cuya aplicabilidad siempre se declama aunque pocas veces se respeta) con el derecho internacional.

Tal incapacidad —especialmente apreciable en el régimen CIADI— no es atribuible a todo régimen jurisdiccional internacional, sino sólo a aquellos que no funcionan como un *sistema*. Por el contrario, los *sistemas* de protección de derechos humanos (v. gr., el sistema interamericano) no tienen esa dificultad de relacionamiento, ni en sus aspectos procesales ni en sus aspectos sustanciales.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada "Pacto de San José de Costa Rica", incorporada expresamente con jerarquía constitucional a la Constitución Nacional Argentina a partir de la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, 2º párr.), prevé la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano con competencia jurisdiccional para entender "en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención" (art. 62, 3) y —más específicamente— "en caso de violación de un derecho o libertad protegidos" en la misma (art. 63, 2).

La intervención de la Corte sólo puede activarse una vez agotada la previa intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 61, 2), órgano consultivo previsto por la Convención de marras; a su vez, para que la Comisión actúe, es necesario —entre otros requisitos— "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos" (art. 46, 1, a]). La Comisión

---

del Convenio (ver art. X.1. [b] del Proyecto Preliminar de Convenio de octubre de 1963 y párrafos 111 y 112 del Informe del Presidente y Consejero Jurídico General del Banco Mundial del 9 de julio de 1964, en *Documentos Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, vol. IV, Washington DC, 1969, ps. 48 y 171; ver también párrs. 538 a 540 de SCHREUER, Christoph J., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001) y a que otros tribunales CIADI habían exigido *control* para poder invocar el Convenio (ver "Vacuum Salt v. Ghana"), los tribunales de *CMS* (párr. 51) y *ENRON Sellos* (párr. 39) sostuvieron que, en realidad, los límites previstos en la Convención CIADI no son relevantes.

b) Pese a que la República Argentina y los Estados Unidos sostienen que el tratado bilateral de inversiones celebrado entre ellos no *abrió la puerta* para que accionistas minoritarios puedan demandar ante el CIADI por perjuicios indirectos, el tribunal de *ENRON Sellos* afirmó que lo que señalaron los Estados contratantes era irrelevante y que ellos eran igualmente competentes (párr. 48).

declarará inadmisible toda petición o comunicación en la que este requisito no luzca acreditado (art. 47, a).

El principio del previo agotamiento de la jurisdicción nacional sólo se excepciona cuando "no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados" (art. 46, 2, a]), "no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos" (art. 46, 2, b]) o "haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos" (art. 46, 2, c]) [7].

Paradójicamente, entonces, mientras un *sistema* internacional que protege los derechos más excelsos (como la vida, la intimidad, los atributos de la personalidad, la libertad de expresión, la participación política y social, etc.) requiere el previo agotamiento de la jurisdicción local para comenzar a actuar, un *régimen* que tutela derechos patrimoniales propicia la elusión de la jurisdicción local para considerarse convocada.

Dicho de otro modo: pareciera que el *garantismo* que supone la existencia de una jurisdicción internacional debería ejercerse con mayor prontitud en temas patrimoniales que en materia de derechos humanos *stricto sensu*. Como ésta es una conclusión irrazonable, es claro que la desconfianza hacia las jurisdicciones nacionales no forma parte del *garantismo* sino de cierta exigencia del capital globalizado [8].

[7] En el caso "Cantos", la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó, luego de ponderar factores tales como la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades competentes, que un "tiempo neto" de proceso de cinco años en la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultaba "irrazonable" y, por tanto, no violentaba el derecho al debido proceso del actor. El "tiempo bruto" del proceso en el máximo tribunal judicial de la Nación Argentina sumó diez años (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cantos, José María", fallado el 28/11/2002).

[8] Si bien la Convención CIADI y las Reglas de Iniciación y las Reglas de Arbitraje fueron diseñadas para evitar la proliferación indebida de solicitudes arbitrales, la Secretaría General del CIADI registra automáticamente toda solicitud de registro sin controlar adecuadamente su razonabilidad. La Convención y las Reglas confieren poderes discrecionales al Secretario para que decida registrar o rechazar solicitudes arbitrales. Así lo establecen los artículos 11 y 36 (3) de la Convención, en especial este último, el que dispone que el Secretario podrá rechazar la solicitud arbitral si encontrara que ella está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. El otorgamiento de estos poderes discrecionales al Sr. Secretario significa que puede optar tanto por registrar como por no hacerlo. El ejercicio de estos poderes discrecionales no pueden entenderse como un despacho automático de registros. Requiere del Secretario que pese las razones por las cuales el arbitraje podría ser registrado contra aquellas razones que harían rechazar la solicitud. Se observa que la Secretaría General no realiza un análisis de admisibilidad de las controversias sometidas al CIADI, siendo reemplazada tal discrecionalidad por un principio de "automaticidad" de registro. Ello a pesar de las claras indicaciones del Convenio y las Reglas en contrario.

Frente a esta registración "automática" que reemplazó a la registración razonable que la

III. Tiene dificultades para incorporar variables socioeconómicas

El lógico sesgo *comercialista* que tiñe al régimen arbitral internacional en materia de inversiones, consecuencia de los fines para los que fuera concebido, se erige —en un caso tan singular como el argentino— en una dificultad adicional para incorporar la ponderación de factores socio-económicos en la resolución de las causas, que no sólo permitirían *explicar* conductas del demandado, sino también *encontrar alternativas de solución* para los demandantes.

La *insensibilidad* del régimen arbitral internacional para con la República Argentina quedó de manifiesto al negarse los tribunales CIADI requeridos a suspender las causas en trámite a partir del inicio del proceso de renegociación de contratos sobre servicios públicos encarado por el gobierno [9]. Esta *incomprensión* agregó una dificultad adicional a la de por sí compleja renegociación, porque avaló la estrategia "a dos puntas" de ciertas empresas (o de ciertas empresas y parte de sus accionistas), que por un lado renegocian sus contratos con el gobierno argentino y por el otro la demandan ante los tribunales CIADI.

Esta carencia de *sensibilidad*, sumada a la *ausencia de visión de conjunto* —ya señalada—, impiden la consideración *global* de un problema que —aunque algún arbitraje se niegue a reconocerlo— requiere de una solución también *global*.

Convención CIADI exige —y que permite el rechazo de conflictos de inversión que sólo existen en el plano de las meras alegaciones—, los Estados no cuentan con mecanismos procesales ágiles, simples y transparentes que les permitan tomar participación y cuestionar inicialmente registros o solicitudes de registro manifiestamente improcedentes o bien apelarlos cuando hayan sido garantizados en forma indebida por las autoridades del Centro. La República Argentina planteó formalmente esta anomalía en el caso "Metalpar" (Caso CIADI ARB/03/5).

[9] La decisión de renegociar fue dispuesta por decreto 311/2003. No obstante ello, los pedidos de suspensión realizados por la República Argentina en los procesos arbitrales iniciados por LG&E y CMS fueron rechazados.

ADMINISTRACIÓN E INFORMÁTICA
Aportes para el rediseño institucional de la República

ANTONIO A. MARTINO*

I. INTRODUCCIÓN TERMINOLÓGICA

Las nuevas tecnologías son siempre una buena ocasión para aprovechar el fin de rehacer o corregir un sistema institucional del cual se duda o del cual la mayor parte está disconforme. Desde este punto de vista debería ocuparme prácticamente de todos los temas previstos en este Seminario.

Desgraciadamente (o afortunadamente), las nuevas tecnologías como la Infomática sirven sólo como medios para resolver algunos problemas y no como panaceas para resolver otros fundados en viejas tradiciones culturales (malas prácticas) y en difidencias y defectos típicos de la condición humana. Obviamente contra ellos poco pueden hacer las nuevas tecnologías.

En vez de la expresión "informática" usaré "nuevas tecnologías" o un término muy difundido y aceptado como "tecnologías de la comunicación y de la información" (TCI) [1].

Para no exceder mis capacidades ni los límites previstos para cada intervención, me limitaré —y no es poco el espacio que esto tomará— a los cambios efectivos que la introducción de las TCI producen en el derecho administrativo con fines siempre a un rediseño institucional de la República.

La expresión "derecho administrativo" —como se verá a lo largo de la exposición— es imprecisamente usada aquí en dos sentidos: en primer lugar, el ámbito, extenderemos nuestra atención también a otros poderes del Estado como el Legislativo y el Judicial. En segundo lugar, no sólo hablaremos de "derecho", sino tambien de prácticas consolidadas.

Las lagunas de incompletitud fueron enunciadas como premisa.

La introducción de las TCI en la Administración Pública es conocida mundialmente como "*electronic government*" o *gobierno digital*. En general usaremos esta terminología muy difundida.

* Profesor de la Università di Pisa, Italia.

[1] Éste es el nombre con el cual aparecen en los programas mundiales de la Sociedad de la Información, cuya implementación lleva ya décadas.

II. El gobierno digital como herramienta

El *e-government* (gobierno digital) es una oportunidad tecnológica para la reforma de las relaciones dentro los poderes del Estado y en relación con los ciudadanos. Sobre la base de las mejores prácticas ya existentes (*best practicies*) se van enunciando modelos ideales que pueden ser aplicados luego en todos los países, incluyendo países en vías de desarrollo, adecuándolo al contexto.

El tema comenzó tímidamente, pero se ha convertido en un universo que replantea prácticamente todas las relaciones entre los poderes, todas las relaciones dentro de la Administración Pública y todas las relaciones entre estos poderes, la Administración Pública, las empresas y los ciudadanos. Por esta razón, hay ya una parte del gobierno digital que se llama *e-democracy*.

Tratar semejante argumento requeriría un espacio, una extensión y tantos conocimientos que escapan totalmente a mi capacidad.

En este escrito serán ilustrados los elementos normativos —organizativos— políticos que no pueden faltar en un modelo ideal de gobierno digital con algunos ejemplos en los planes aplicativos concretos, con ejemplos e ilustraciones en algunos países.

El gobierno digital supone costos de implantación y formación, y por eso fue inmediatamente adoptado en los países industrializados. Pero puede ser visto también como una oportunidad de desarrollo, pues permite una notable mejora en la relación Administración Pública-ciudadano, y empresas y Administración Pública-Administración Pública. Un buen ejemplo es México y su voluntad de entrar a formar parte de la OCDE.

Para la parte organizativo-normativa del modelo, es central el reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico y la firma digital, así como la revisión de la legislación en vigor y el conocimiento de ésta.

Todo cuanto se dice en este trabajo puede usarse en todos los niveles de gobierno; por lo tanto, también en un ámbito metropolitano. Nace entonces la ciudad Digital o el espacio del gobierno digital de la ciudad. Es más, los gobiernos locales están mostrando toda la capacidad que poseen para ejecutarlo.

1. El modelo

Los modelos existentes son varios. Sin embargo, por razones de presentación racional vamos a exponer un modelo ideal que tiene en cuenta varios modelos ya expuestos y algunos en vías serias de realización.

Si bien habrá algunas consideraciones generales necesarias para encuadrar el problema, el tema central es el modelo mínimo político-jurídico para el gobierno digital. Algo así como aquello que no debería faltar, no todo lo que debería existir.

El gobierno digital, estando el mundo en el estado que está, debe tratar principalmente de un modelo de elementos funcionales del gobierno en general que funcione sobre todo para el desarrollo.

El modelo ideal es concebido a partir de las mejores prácticas (*best practicies*) existentes sin las cargas contingentes de la inercia burocrática, la lentitud de ciertas comunicaciones, las dificultades culturales y económicas que a menudo aparecen. No es por esto un "tipo ideal" a la manera de Max Weber, sino que se asume como telón de fondo la brecha digital y las estrecheces económicas en los países en vías de desarrollo. Se piensa que una adecuada reforma de la Administracion Pública puede servir como elemento de movilidad, ahorro y desarrollo. La noción de Administración Pública es estrecha, pues en verdad la reforma propuesta a través del gobierno digital abarca los tres poderes del Estado: el Ejecutivo, con su Administración Pública propiamente dicha, el Legislativo y el Judicial. Y se lo concibe en los tres niveles mínimos que un Estado moderno tiene: gobierno nacional, provincial y local. En las actuales condiciones debe tener en cuenta también un cuarto nivel de gobierno, que es el supranacional, formado por grupos de Estados, como la Unión Europea.

Está claro que la armonización de las relaciones entre los tres poderes y entre los diversos niveles de poderes nacionales, y aun supranacionales, cambian el modelo y sus resultados. En este pequeño trabajo vamos a hacer una presentación mínima que luego cada lector tendrá la inteligencia y complacencia de combinar para los casos concretos que les sean presentados.

De este modo la noción lata de Administración Pública es el resultado de una compleja evolución de poderes, más o menos descentrados, de normas, estructuras organizativas, dompetencias administrativas y tecnológicas; utiliza una amplia disponibilidad de capacidades profesionales avanzadas y también está sujeta a las transformaciones que origina una sociedad civil cuya evolución orgánica contribuye a consolidar.

Las nuevas Tecnologías Comunicación e Información (TCI) son una ocasión y un medio excepcional para la transformación estratégica de la Administración Pública en lo que se ha denominado gobierno digital.

Éste es el sentido último de este trabajo: el modelo de gobierno digital es una ocasión extraordinaria para aplicar criterios de reorganización y mejoramiento de la calidad de la Administración que son urgentes.

Un programa de gobierno digital es ante todo un proyecto de políticas públicas en el cual se imaginan escenarios, se programan acciones y se actúan relaciones eficientes dentro de la administración y en relación con los ciudadanos y las empresas.

Definir un modelo ideal permite establecer qué partes son aplicables a qué lugar de la Administración, calcular los tiempos, formar el personal y establecer los criterios de control para saber en qué medida y con cuál resultado se está cumpliendo la reforma.

Dado que todas las ciencias sociales son empíricas, este modelo ideal sirve sólo como tal y necesita una contextualización de región, de país, de institución y de demandas sociales. Personalmente estoy convencido del aporte que pueden realizar y realizan los organismos internacionales y los consultores extranjeros, pero al mismo tiempo creo que sólo la propia Administración, luego de un período de formación y de prueba, está en condiciones de formular por completo y hacer funcionar cualquier sistema de gobierno digital.

2. *La metodología del modelo*

En la primera parte carecerá de los elementos contextuales que lo hacen eficiente, pero muy complejo, a fin de permitir un bosquejo proyectual capaz de sostener las soluciones operativas. Para ello es necesario analizar el sistema "productivo" de la Administración Pública. Ello constituirá una metodología de soporte al uso del gobierno digital. Aquí serán apenas esbozados pues la atención central será colocada en la parte organizativo-normativa del modelo. Como fuera, este trabajo acepta la incompletitud necesaria de su exposición: más que ocuparse de todo lo que se debe hacer desde el punto de vista político-jurídico para implantar un sistema de *e-government* trataremos de indicar lo que no puede faltar.

La experiencia ya existente de las políticas de *e-government*, basadas sustancialmente en el recurso tecnológico han mostrado —con diferentes grados de fracaso— que no pueden ser dejadas de lado las otras variables que atañen a la esfera institucional, organizativa y gestión de la Administración.

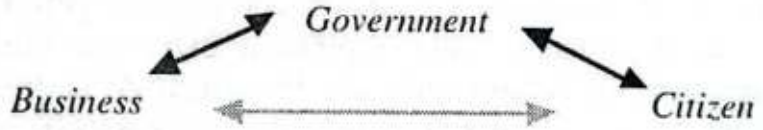
Estos fracasos reflejan los que se produjeron cuando el criterio principal o único de la reforma estaba constituido por las normas, esto es, creer cambiar el modelo administrativo porque cambiaban sólo las normas. Uno de los fenómenos de mayor cesura en la actuación de programas de gobierno digital ha sido la poca relación entre las inversiones en nuevas tecnologías y los procesos de innovación organizativa. Y la lejanía entre este proceso y las necesidades de la sociedad civil con respecto a la Administración.

La producción típica de la Administración Pública es una política de servicio en la cual se deben adecuar los recursos humanos (vacantes, *skill*, *turnover*) en términos normativos, normas generales, normas técnicas, praxis administrativas consolidadas y adecuadas a la situación y en relación con factores de información completos, coherentes y no redundantes, inmediatamente disponibles con un orden administrativo exógeno compatible. Para adecuarla a los mejores usos de las TCI se requieren cambios de adecuación en el "proceso": modificaciones normativas, innovación organizativa y tecnológica y de "producto"; evolución de las relaciones derechos/deberes entre la Administración y la Sociedad modificando las políticas sectoriales.

Toda Administración produce *legacies* en la estratificación productiva de una organización compleja, que son el resultado de las diferentes velocidades de adaptación frente a la definición de nuevas políticas ante las nuevas exigencias sociales. Tales *legacies* deben ser objeto de un profundo análisis y revisión con los actores involucrados. No necesariamente lo que un analista experto externo percibe como una *legacie* lo es necesariamente. A esto sirve la presencia de los directos interesados en el cambio, por lo menos como punto de referencia y confrontación con los expertos externos.

3. Relaciones entre la Administración y la Sociedad

Desde un perfil organizativo es posible descomponer los procesos de servicio destinados a conseguir las políticas específicas en sus principales componentes de *back* y *front office*, para distinguir las modalidades organizativas más típicas de la producción de la Administración en aquellas formas de soporte organizativo a través del cual se instauran y mantienen relaciones con el público y las empresas.



Obviamente, las relaciones que nos interesan son del tipo G2G, esto es, dentro de la propia Administración, G2B, relaciones entre Administración y Empresas y, G2C, relaciones entre Administración y Ciudadanos. El B2C lo hemos puesto en grisado, pues interesa menos directamente, aunque no puede olvidarse que existe y que, a medida que se privatizan servicios, la Administración debe vigilar como una *Autority* eficaz. Y que el ejemplo de los últimos diez años ha sido de enorme privatización.

La vida social de los ciudadanos y el ciclo productivo de las empresas puede ser más o menos regulado para cada derecho-deber específico ligado a un evento civil o a una de las fases de la actividad productiva, y activa un intercambio de informaciones entre la Administración y los sujetos involucrados. En muchas ocasiones, la "información" que provee la Administración tiene valor legal y se llama certificado, habilitación, permiso, etcétera.

Es posible reconstruir en un mapa ideal la vida civil y social de una persona o de una empresa, y por cada evento significativo ver qué informaciones son intercambiadas con la Administración. Esto es, cada Administración tiene un mapa de la vida civil y social de los ciudadanos y empresas que la componen. Éstas, a su vez, pueden necesitar constancias de los nudos jurídico-políticos de ese mapa.

Desde el punto de vista del ciudadano y de la empresa, la calidad de la prestación de los servicios de la Administración tiene que ver con la eficiencia, rapidez, comodidad y oportunidad temporal con la cual la Administración pone a su disposición la información necesaria. Desde este punto de vista, las TCI proveen al gobierno digital de una masa operativa y una velocidad desconocidas hasta ahora.

Es cierto que la Administración es vasta y compleja, y que se articula en un sinnúmero de departamentos, repartos, dependencias que se repiten y escalonan desde el ámbito nacional hasta el gobierno local, pero también es cierto que esto interesa relativamente poco al ciudadano y a la empresa es un problema de autorregulación interna de la Administración que circula con el pomposo nombre de Reforma del Estado, pero que en definitiva puede medirse y apreciarse desde el punto de vista productivo de las políticas deseadas.

Desde el punto de vista del ciudadano o de la empresa, puede llamarse calidad de vida administrativa, y ya circulan interesantes tablas de posicionamiento de esta calidad de vida.

El ciudadano, la empresa, el extranjero inversor o turista ven la Administración como un *front office* único y el gobierno digital puede hacerse cargo de ello. Esto es, independientemente de la complejidad interna de los poderes, administraciones y reparticiones. Los datos, certificados, permisos, etc., que la Administración da al ciudadano, a la empresa, al extranjero (inversor o turista), es un tema interno de la Administración y la calidad de la prestación consiste justamente en que toda esa inmensa maraña de informaciones, permisos, documentaciones sea invisible para el solicitante.

III. Fundamentos normativos organizativos del gobierno digital

El gobierno digital para el desarrollo es entendido también como incentivo a la consolidación democrática en los países donde pretende implantarse.

Para su funcionamiento son necesarios algunos requerimientos de tipo técnico jurídico-político-organizativo.

1. Algunas consideraciones generales sobre la normativa

La legislación —en general— debe ser esencial, lacónica. Si esto es válido en general, para el gobierno electrónico deviene imperativo. *Prima caritas incipitat ego!* [2]. El gobierno digital es un modelo de simplificación, transparencia y efi-

[2] Literalmente: "La caridad comienza por mí", y no como hemos dulcificado en español: "La caridad bien entendida empieza por casa".

ciencia. Estas cualidades no pueden estar representadas en forma indeterminada y difusa, como ocurre en la mayor parte de la legislación.

La eficiencia de una normativa puede medirse por el comportamiento conforme de los ciudadanos (eficacia), pero éste es un tema necesariamente *a posteriori* y contextual. Es la parte empírica de la legislación, obviamente imprescindible. La institución es una regla social que se cumple.

Antes que esto suceda existen criterios para medir *a priori* si existen errores de tipo lógico y semántico en la redacción de normas. Los criterios de coherencia, completitud y no-redundancia de los sistemas formales valen también para los sistemas legislativos. La no-redundancia, llamada también elegancia o economía, tiene múltiples ventajas desde la esencialidad hasta la mejor compresión, además de una adicional poco desarrollada: aleja las tentaciones de contradictoriedad. Dado que los sistemas formales son sintácticos, ambas propiedades —la economía y la coherencia— son perfectamente distinguibles y separadas, y pueden estar conectadas en los sistemas interpretados (semánticos y pragmáticos) como son los sistemas legislativos.

Un orden legislativo es un sistema axiomático en el cual los postulados son las normas y las consecuencias todas las soluciones que pueden presentarse. La primera condición de los sistemas legislativos como sistemas axiomáticos es justamente la coherencia, dado que si se advirtiese una contradicción, cualquier cosa podría ser deducida como solución. De hecho, el principio *lex posterior derogat prior* no significa que todas las leyes posteriores derogan las precedentes, sino sólo aquellas que hacen nacer una solución normativa que es incompatible con las soluciones emanadas por la nueva norma. La independencia de los axiomas y su consecuencia —la economía del sistema— son las menos conocidas de las propiedades de los sistemas axiomáticos, pero no por esto son menos importantes. Sobre todo, es clara la relación que hay entre la independencia de los postulados con la demostración por absurdo: el fracaso de una asegura el éxito de la otra.

Los sistemas legislativos son sistemas de normas en los cuales la función de la independencia de las normas mismas debería garantizar que no existan repeticiones inútiles y posibles contradicciones. Este deber, que desgraciadamente no existe en la mayor parte de la legislación, en el gobierno digital es imperativo.

Normalmente, el sistema jurídico no es visto como un sistema formal y los legisladores crean cada norma como una variable independiente. En el gobierno digital esto es una improvisación con costos incalculables en los hechos, pues todo el gobierno digital es el resultado sumamente complejo de partes que nacen y crecen en cada dependencia, departamento, oficina, pero que luego deben interoperar eficazmente con el resto del sistema.

2. La seguridad jurídica clave del gobierno digital

Sólo en el final del siglo pasado los economistas comenzaron a admitir que la economía no es una variable independiente y que la seguridad económica depende de la seguridad jurídica. Es tiempo, ahora, de admitir por parte de los juristas que la seguridad jurídica depende de la seguridad política. El modelo es más complejo de lo que quisiéramos, pero se parece más a lo que sucede.

Para tener seguridad jurídica lo primero que se requiere es poner la legislación en orden. Y esto no es una mera declaración de principios, sino que existen criterios estándares internacionales como los establecidos por la OCDE en 1995 [3]. En la recomendación se enuncian diez criterios para evaluar la producción legislativa de un país y saber si tiene un orden aceptable.

A la vieja idea de "muchas leyes buen trabajo del Congreso" se le está contraponiendo la del crecimiento cero. Sólo si es necesario y justificado se puede crear una nueva norma y justamente la regla dos de las recomendaciones de la OCDE citadas pregunta si es necesario crear esa nueva regla [4]. Si la nueva norma no es imprescindible, lo mejor es no crearla.

Generalmente olvidamos que la creación de cualquier norma a cualquier nivel significa cambiar el orden en vigor.

En la organización y funcionamiento del gobierno pueden indicarse tres elementos básicos que pueden ser resumidos con tres palabras llenas llamativas: zanahorias, palos y sermones [5]. Las zanahorias son los incentivos económicos o de otro tipo para alentar conductas sociales; los palos son sanciones para desalentar ciertas conductas consideradas antisociales, y los sermones sirven para convencer que lo que se está promoviendo es lo mejor. De una manera burda, toda la política consiste en zanahorias, palos y sermones. Los instrumentos regulatorios (palos [*stiks*]) se usan para definir las acciones permitidas o para limitar aquellas actividades que son consideradas dañosas. Las reglas suponen un grado de coerción y su naturaleza es autoritativa. Las razones que tienden a alentar el recurso a este medio es la convicción de que las reglas presenten un alto grado de precisión y eficacia, y que no tengan costos. Estas dos presunciones son falsas y es conveniente revisar el aparato normativo para tener un inventario de la única parte que interesa: el derecho en vigor. Las reglas no sólo se ocupan de conductas de las personas, sino que —a través de éstas— constituyen

[3] Organisation for Economic Co-Operation and Development Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation.

[4] En la Check List que acompaña el *Manual de Técnica Legislativa del Digesto Jurídico Argentino*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2001, p. 46, dice en su punto 1º: "El objetivo que se quiere alcanzar necesariamente tiene que hacerse por ley (o decreto)?".

[5] Bemelmans-Videc, Ray - Ryst, C. - Vedung, Evert, *Carrots, Sticks & Sermon. Policy Instruments and Their Evaluation*, New Jersey, Transaction Publisher, 1998.

instituciones que, a su vez, necesitan normas. La idea de la legislación entendida como último remedio a las otras formas de promoción de acciones sociales por parte del gobierno crea una visión prudente de la regulación normativa, y ésta es la más importante *best practices* para un gobierno digital.

3. Los estándares. Soluciones internacionales

Para limitar las peores praxis, para hacer de la normativa una ayuda y no un obstáculo al gobierno digital, el punto de partida ineluctable es el reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico y, por consecuencia, la firma digital.

Si analizamos el orden jurídico como un enorme hipertexto, aparecen sus dimensiones sintácticas semánticas y pragmáticas.

La estandarización es un criterio que se expresa a nivel sintáctico. Parte de los elementos sintácticos de cualquier documento vistos por un organismo de Naciones Unidas que se ocupa de estándares eléctricos y, por esa razón, la norma ISO 7498 que regula la ITUT (antiguamente CCITT), como recomendación X200, es un punto de partida obligado, aunque lejano. Es un modelo estratificado de funcionamiento para la interconexión de redes abiertas De este modelo de referencia de protocolos y de relaciones lógicas de comunicación entre dos sistemas se definen las siete capas de un documento electrónico. De aquí se ha pasado a enunciar los criterios de seguridad que debe tener un sistema para transmitir documentos o, si se quiere, los criterios de seguridad que deben tener los documentos transmitidos [6]. La ventaja consiste en el hecho de que alguna de estas capas contiene noticias sobre el propio documento transmitido, vale decir, son autorreferentes y permiten determinar la completitud y la intangibilidad. Obviamente, no bastan y se requieren criterios más precisos y uniformes para el reconocimiento del valor jurídico de un documento electrónico, así como para establecer la validez de las diferentes formas de reconocimiento de la autoría del documento [7].

Una vez establecidos, deben ser iguales para la Administración Pública y los privados, pues es enormemente costoso para una pequeña o mediana empresa, o bien para un profesional, tener un criterio de reconocimiento para sus relaciones con otros ciudadanos y empresas, y uno diferenciado para la Administración. Las administraciones públicas, por razones comprensibles, tienden a magnificar la seguridad que requieren sus informaciones, y por eso tienden a

[6] La mayor parte de los especialistas en informática y juristas, que repiten los criterios de seguridad que deben tener los mensajes que se transmiten por vía electrónica, generalmente ignoran que ésta es la fuente original de tales requisitos.

[7] Ver MARTINO, A. A. (editor), *Nuovo Regime giuridico del Documento Informatico*, Franco Angeli, 1997.

crear —generalmente anticipándose a las empresas y a los ciudadanos— criterios de validación internos. Es comprensible pero totalmente contradictorio con un sistema informativo global y abierto que permita el acceso del mayor número posible de personas. Luego se establecerán criterios de seguridad acordes con la reserva de la información manipulada. Ahora bien, sobre todo en los países en vías de desarrollo lo siguiente es particularmente claro: los ciudadanos y las pequeñas y medianas empresas no pueden afrontar los gastos de tener más de un sistema de información general de su propia actividad que sirva a sus conciudadanos, a las empresas con las cuales comercia y a la Administración Pública con la cual necesita intercambiar datos, certificados y permisos. Por eso son necesarias las leyes nacionales de reconocimiento de la firma electrónica (véase la ley federal USA del 2000). Esto crea —entre otras cosas— relaciones de jurisdicción y competencia entre las Provincias y el Estado nacional (volveremos sobre el punto cuando se hable de subsidiariedad).

Si no se dispone de otra la estandarización propuesta por Uncitral [8] puede ser un punto de partida. Pero no basta, se requieren otros dos requisitos: el primero configurar niveles de seguridad sea para la documentación que para la firma y desde ese punto de vista puede ser vista con favor la directiva europea sobre firma liviana, siempre y cuando se tenga una firma pesada con doble clave y entes certificadores (registros de clave pública) regulados y responsables patrimonialmente.

Desde este punto de vista la situación italiana que prevé cuatro tipos de documentos electrónicos puede ser considerada aceptable y a ella, poco a poco se van a ir acomodando la de otros países desarrollados: a) los normales que se intercambian entre empresas y ciudadanos y que la Administración puede usar para informar; b) los que tienen una firma liviana; c) los que tienen una firma pesada y d) los que tienen una firma autenticada (documentos públicos). La ventaja de una oferta tan variada es la de permitir que sean los usuarios los que con sus preferencias vayan configurando los usos más adecuados y económicos. Una de las consideraciones que los juristas olvidan fácilmente es que hay muchos documentos sin firma, empezando por la factura, que tienen una gran importancia en las transacciones ordinarias.

Otro modelo que puede ser fácilmente adaptado a las legislaciones nacionales —a falta de uno más idóneo— es el relativo al Comercio electrónico formulado por la misma comisión en 1996 [9].

[8] Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, con sede en Viena. *Trentehuitième session, New York, 12-23 mars 2001. Signatures électroniques. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.*

[9] En particular con la reforma del art. 5 hecha en 1998.

Estándar de jure *y estándar* de facto

La existencia de un estándar es un requisito sintáctico sin el cual no hay ni interconexión ni interoperabilidad. A nivel semántico, las cosas son aún más complicadas y dependen de la tensión necesaria entre un estándar internacional comprensible e intercambiable y una cultura local necesariamente contextual. La semántica tiene que ver con el sentido, y fuera de un contexto no hay sentido.

Cómo obtener estos estándares constituye una disputa importante en la cual está involucrado el gobierno digital. Los estándares legales tienen una larga gestación y la intervención de entes supranacionales con representación estatal. Es verdad que los tiempos largos y las rígidas normativas se casan mal con una disciplina *in fieri* como la informática; por lo tanto, es bueno la mayor libertad. Y por esa razón debe ser vista con buenos ojos la pluralidad de fuentes, lo que en *software* es conocido como *open source.*

En materia de estándares deben acogerse con buenos ojos los *de facto*, siempre que se tenga en cuenta que —en muchos casos— nacen por exigencias de empresas que tienden al monopolio del sector y que tienen en la más alta consideración sus ganancias. Vale recordar que, independientemente de *digital,* nos estamos ocupando de *gobierno;* la técnica es una oportunidad y un medio, pero el gobierno se ocupa del interés general. La participación y la representación técnica de los países en vías de desarrollo en las comisiones internacionales (ISO, WEEB, W3C, IETF, ICANN, OMPI, etc.) constituyen una inversión cuya importancia aún no ha sido comprendida La ventaja de alcanzar un estándar *de jure* es sumamente favorable para los gobiernos, en particular, para los más débiles. Allí donde esto sea imposible o tardío o muy costoso, es recomendable —por lo menos— una autoridad nacional competente (y constituida por personalidades de indudable reconocimiento) e independiente, que garantice la vigencia de los estándares en todo el territorio nacional y para todos los sujetos públicos, empresas y ciudadanos [10].

4. Los niveles donde nacen las normas: internacional, nacional, provincial, local

El legislador tiene hoy distintas jurisdicciones que deben ser respetadas e integradas: las internacionales que son una mezcla de normas y de praxis (por ejemplo, el WTO), de tratados, de resoluciones de organismos internacionales. La concentración regional, NAFTA, UE, Mercosur, crea el legislador supranacional. El crecimiento de la jurisdicción local se hace también a expensas de la ya

[10] Un ejemplo en Argentina es la Comisión Nacional de Regulación de la Energía Atómica.

recortada soberanía nacional. Éste es un tema de compleja razón política que excede este trabajo. No obstante, si no hay criterios aceptados en el campo internacional, las soluciones locales, nacionales o regionales pueden convertirse en globalmente inconsistentes.

Por esta razón es importante para el gobierno digital seguir los trabajos de los organismos internacionales, en general y, en particular, los relativos al análisis y a la valoración de las políticas públicas. Se abren nuevos espacios y oportunidades para introducir en los grupos de trabajo de la Administración el uso de instrumentos analíticos nuevos, tomados de la experiencia de las ciencias sociales.

La OCDE, sobre la base de un pedido de los gobiernos de los países componentes, ha comenzado a analizar la reforma de los reglamentos conforme a criterios estándares de valoración. Al respecto se han publicado estudios realizados en Japón, USA, Holanda, México e Italia.

5. *El centro de todo el gobierno electrónico es el reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico y la posibilidad del reconocimiento de la autoría (firma digital)*

Esto permite la creación, circulación, archivo y recuperación de la documentación electrónica, la validez de las notificaciones, de los certificados y de la misma legislación y —en tiempos breves— de la publicación y la relativa publicidad.

Algunos países han ya comenzado la certificación *on line*, otros han automatizado los procedimientos de modo tal que aún expiden papel, pero todo el procedimiento es automático [11].

Dos nuevos elementos completan el reconocimiento y la circulación de la documentación digital: el protocolo digital y la cédula de identidad electrónica.

Satisfechos estos elementos básicos, es posible construir válidamente todas las relaciones de tipo G2C2G, G2B2G, G2G, esto es, las relaciones de la Administración consigo misma, con las empresas y con los ciudadanos, y viceversa.

Hacer válido aquello de "en vez de hacer cola, haga clic" parece revolucionario en término de medios probatorios; pero si se van a revisar antecedentes

[11] Es bueno recordar que el primer registro de la propiedad automatizado fue el de la Ciudad de Buenos Aires, en 1970. Se comenzó a trabajar en 1968 en el diseño con el doctor Scotti, como director del Registro, con el ingeniero Dolder, como informático extraordinario con quien escribe, como consultor. Los medios eran escasos, por eso se compró una computadora de segunda generación que tenía ¡64 K de memoria! Esto prueba que no es un problema sólo de medios, sino sustancialmente de ideas y tesón.

notables como la Convención de Viena en materia de compraventa internacional, no lo son tanto [12].

La autoridad de certificación

Teniendo en cuenta la importancia de la firma electrónica para la validez y autoría de un documento electrónico, cobra importancia la firma electrónica. Ésta es —en general— un procedimiento de *software* que produce un resultado sintáctico sobre el documento al cual se aplica, dado que ha prevalecido la técnica criptográfica y, en particular, la criptografía de llaves asimétricas, de tal manera que una llave la custodia el autor del documento firmado (clave privada) y la otra un ente certificador, la llamada clave pública.

Desde este punto de vista, la autoridad certificante funciona como un Registro en el cual se depositan las claves públicas de las firmas electrónicas y la organización de estos entes certificadores configura un cuadro complejo, dado que, según sea el diferente grado de tutela y seguridad, se tienen diferentes grados de tutela y seguridad de un documento firmado electrónicamente. Un criterio general y estándar para la validez de las firmas electrónicas es lo que se denomina en inglés *Open Public Key Infrastructures (PKIs),* vale decir, la infraestructura abierta de llaves públicas (PKI).

Las soluciones son diferentes en distintos países. Estos entes certificadores pueden ser públicos o privados, pero deben atenerse a reglas que los distinguen entre entes aptos para una firma pesada (más segura) o ligera. En general, hay un ente nacional que coordina, dirige y controla estas autoridades certificantes: es la Autoridad de Certificación, raíz de la cual dependen todas las demás.

En los Estados Unidos, cada estado tiene una, y ello ha generado no pocos problemas, sobre todo para la validez interestadual de estas firmas. Por esa razón se ha creado una autoridad que constituye un puente entre todas las autoridades estaduales, justamente el Federal Bridge Certification Authority (FBCA).

Con mucha claridad terminológica (el mérito es semántico, por ahora, más que operativo), la situación argentina refleja perfectamente la situación entre las diferentes autoridades. El Ministerio de la Función Pública es el "Organismo licenciatario radical" [13]. Un organismo que actúa como control auditante es la Sindicatura General de la Nación (SIGEN). Y luego las diversas autoridades certificantes secundarias que pueden ser, como en Italia o Alemania, públicas o privadas.

[12] Autoriza la prueba de documentos por todos los medios posibles, incluyendo testigos. También la Civil Evidence Act inglesa, de 1986.

[13] Autoridad Certificante Raíz (www.SGP - Subsecretaría de la Gestión Pública.mht).

Las autoridades certificantes son responsables de generar y custodiar los certificados de llave pública que mantienen los requisitos de seguridad, autenticidad e integridad ya citados en la norma ISO 7498. El problema es, como siempre, *quod custodia custodes*, vale decir, cómo hacer para controlar estas autoridades de certificación y, sobre todo, obtener lo que en informática se llama interoperabilidad y en política acceso de todos desde cualquier punto del país en forma inmediata y poco costosa.

La accesibilidad económica es un valor importante para la participación generalizada y sin exclusiones, y se convierte en un motor de desarrollo [14].

6. Las normas de organización del Estado

De la recomendación de la OCDE del 15 de marzo de 1995, ya citada, ha nacido una importante metodología sobre el impacto de la legislación y la reglamentación en términos de costos y beneficios. Desde hace tiempo existe una cultura del control financiero de las nuevas normas, pero luego se comprendió que era muy restringido el control sólo en la parte financiera, y se llegó a la conclusión de que no se pueden evaluar los efectos de las nuevas normas *a posteriori*, vale decir, es necesario construir una grilla previa de valoración que acompañe toda la vida de la norma para poder saber en cada momento cuál es el cuadro de la situación. Un sector de la OCDE llamado PUMA *(Public Management and Governance)* mantiene un monitoreo de la reglamentación pública en algunos países [15].

El uso serio de las *ICT effectiveness* permite seguir los procesos de decisión de las políticas públicas desde el centro hasta la periferia y viceversa en lo que se denomina *e-decision making*. Uno de los problemas más serios del moderno federalismo consiste en no duplicar las acciones y en encontrar siempre un responsable detrás de la facultad de tomar decisiones. El *check and balance* moderno consiste en la posibilidad de seguir todo el proceso de decisiones inde-

[14] A nadie escapa la importancia de los juegos económicos que están detrás de estas certificaciones. No es casualidad que Europa haya sido obligada a aceptar la firma liviana y que los entes Certificadores raíces de países como Italia y Argentina sean objeto de asalto. Los productos que están en condición de distribuir con costos mínimos han insumido millones y son objeto de codicia.

[15] En Italia, la ley del Legge 8 marzo 1999, n. 50. (*Analisi dell'impatto della regolamentazione*): "1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sono definiti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e a titolo sperimentale, tempi e modalità di effettuazione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese in relazione agli schemi di atti normativi adottati dal Governo e di regolamenti ministeriali o interministeriali".

pendientemente del lugar (gobierno nacional, regional o local) donde se toma la decisión [16].

Visto desde la parte del ciudadano la complejidad de la organización del Gobierno es un problema que éste debe revolver de manera congrua con las finalidades que se propone. Al ciudadano y a las empresas les interesa el resultado, esto es, toda la Administración vista como un *back office.*

Todo esto puede hacerse con algunos principios [17] que no pueden faltar: 1) La *subsidiariedad*, vale decir, la gestión administrativa, debe colocarse para cada problema o actuación en el ámbito más descentralizado posible donde sea posible cumplirlo eficazmente. Los poderes locales deben asumir en el proprio ámbito todo aquello que sean capaces de hacer y transferir al ámbito superior sólo lo que no puedan resolver solos. El principio se aplica en cada nudo de la relación jerárquica, llegando al ámbito nacional, que deberá transferir —a su vez— sólo lo indispensable, como podría ser una moneda común para negociar los flujos financieros globales. Obviamente, la decisión de cuál sea el ámbito más adecuado es política y no técnica, pero la técnica provee los parámetros de posibilidad y eficiencia. La subsidiariedad se propone sea en modo vertical que horizontal. 2) *Flexibilidad en la organización y en la administración.* Se pasa de un Estado que hace sólo decretos a uno que trata, negocia. Las unidades de intervención en materias estratégicas deben parecerse siempre más a *task forces* que se crean para un propósito determinado, pero que están listas para reconvertirse si existe la necesidad: las empresas funcionan ya como redes, el gobierno debe hacer otro tanto. 3) *Coordinación*, que incluye nuevas formas de jerarquía en las cuales se especifican las reglas de prioridad (por ejemplo, la parte civil, la militar, la sanidad, etc.) 4) *Participación de las empresas y los ciudadanos* no se trata de un estado de asamblea permanente ni de la falsa idea de la democracia directa. La mayor parte de los ciudadanos no se interesan de las cosas públicas y mucho menos están dispuestos a perder su tiempo en ello. Los ciudadanos son todos iguales frente al voto, pero en el actuar social tienen posiciones, ocupan lugares, están agrupados, como las empresas. Existen modos de sumar consensos a través de entidades intermedias y voluntarias con las cuales es interesante mantener información bidireccional antes de tomar una decisión que afecte a esa

[16] Si Federal Express permite seguir en todo momento el lugar donde se encuentra la encomienda enviada con costos no demasiados altos en todo el mundo, no puede ser tan difícil para una Administración organizada obtener algo parecido aunque la toma de decisiones aparezca más compleja.

[17] Es bueno recordar la distinción que hace Genaro Carrió en polémica con Dworkin entre "principios" y "normas" (CARRIÓ, G., *Sobre los principios del positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968). Las normas son aquellas que no tienen gradación: se cumplen o no se cumplen, enuncian conductas (a veces con excepciones) y luego categorizan la acción como permitida, prohibida, obligatoria, etc. Los principios tienen gradaciones y sirven para interpretar a las normas.

parte de la comunidad o de las empresas. 5) *Transparencia administrativa*, lo que no significa ingenuidad o falta de seguridad, sino sólo la posibilidad de controlar en todo momento (aun *a posteriori*, pero sobre todo *a priori*) la cadena de decisiones y la documentación relativa.

Estos principios, para ser eficaces, necesitan dos condiciones: la modernización tecnológica y la formación permanente del personal en todos los niveles.

7. Cómo reducir y poner orden en las normas que deben ser aplicadas al gobierno digital. El círculo virtuoso

Dijimos ya que un punto importante del gobierno digital consiste en la revisión del ordenamiento en vigor en el país que lo adopta al: a) incorporar los criterios mínimos enumerados *supra* y b) reducir el grado de contaminación legislativa del propio sistema.

A tal fin existen ya diferentes experiencias internacionales que van desde la institucionalización de una oficina permanente destinada a la calidad de la legislación, como en Italia, a la experiencia británica de la Comisión de Redacción, a la norteamericana del Libro de las leyes o a la experiencia argentina del *Digesto* (ley 24.967), a través de la adopción de un manual de redacción de textos legislativos [18]. La técnica consiste en tratar a la legislación (*lato sensu*, leyes, decretos, resoluciones, circulares, ordenanzas) como un hipertexto documental que deberá ser integrado con el resto de la legislación, que es a su vez documentación en vigor conservada y consultada en forma simple y eficaz.

La creación de estándares también en la documentación administrativa producirá varios efectos sobre las decisiones políticas. El primero y más importante es la reducción de la contaminación legislativa. El segundo será obligar a los órganos deliberantes y ejecutivos a adoptar estándares como Manuales que instituyen un círculo virtuoso.

La existencia de manuales —si es posible, de uno solo a nivel nacional— y de adaptaciones locales hará que las normas creadas según estos manuales tengan una sintaxis previsible y clasificable y que sean incorporados datos sobre el propio documento. Los elementos constitutivos del documento normativo pertenecientes a una misma clase, como el título, la parte, los artículos y los incisos, constituyen datos indentificatorios en sí mismos del documento y pueden ser asociados a esos otros datos que enriquezcan o califiquen el contenido. Esto consentirá el archivo, el marcado y la recuperación de datos conforme a un lenguaje de marcado que hoy es un estándar de hecho en el mundo: el XML (*Extensible markup language*).

[18] Ver *Manual del Digesto Argentino*, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2001 y *www.dsp.unipi.it/manual/manuale*.

Este lenguaje ofrece la posibilidad de definir estructuras por clases homogéneas de documentos y crea vínculos de corrección estructural sobre una clase de documentos a través de un mecanismo de definición de reglas denominado *document type definition* (DTD): cada conjunto de documentos que presenta características uniformes puede ser escrito con un específico DTD.

En definitiva, los documentos legislativos serán estructurados, esto es, tendrán una estructura específica de encabezado, fórmulas iniciales, articulados, fórmulas finales y eventuales anexos. Todo con rigurosos vínculos de obligatoriedad de su presencia y del orden en el cual aparecen. Para esto se necesita un Manual de Redacción. Los otros documentos, sobre todo los del pasado, tendrán las mismas características, pero no serán estructurados, pues la obligatoriedad y el orden de aparición no se han cumplido.

Con el tiempo, el número de documentos estructurados irá creciendo hasta ser mayor que los no estructurados. Además, como se puede notar, la primera regla de aplicación para la DTD es justamente el respeto o no de un criterio uniforme de redacción. Las DTD luego se irán afinando en cada una de las categorías jurídicas [19] y esto será labor específica de los especialistas de cada disciplina y de cada aplicación en la Administración. Así, también cuando las resoluciones y reglas internas administrativas sean escritas siguiendo esta estructura [20] se habrá creado un círculo virtuoso en el cual cada disciplina y cada praxis aporta su propia DTD, la mayor parte de los documentos legislativos serán creados conforme a criterios estándares y se archivarán, transmitirán y recuperarán con los mismos criterios. La experiencia italiana en esta materia es significativa (ver *www.nir.it.*).

Estos elementos permitirán evitar bochornos como el de Costa Rica, donde el Congreso había modificado el Código Penal introduciendo un art. 239 *bis* para incluir los delitos con medios informáticos. Una nueva norma aprobada en estos días sobre otro tema ha tomado la numeración 239 *bis* del Código Penal, por lo cual la norma anterior fue abrogada implícitamente.

IV. Los dos grandes límites al gobierno digital

La privacidad

El enorme poder que deriva de la concentración de tantos datos personales fácilmente accesible debe ser contrabalanceado con medidas de seguridad para el tratamiento de documentos y bases de datos que contengan datos personales o sensibles.

[19] Por ejemplo, en las 26 previstas por la ley 24.967. Nótese que el art. 2º del *Manual de Técnica Legislativa del Digesto Argentino* contempla las Document Type Definition.

[20] Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 20 aprile 2001, *Gazzetta Ufficiale* 27 aprile 2001, nº 97 e circolare AIPA CR 40 sul Formato per la rappresentazione elettronica dei provvedimenti normativi tramite il linguaggio di marcatura XML.

Cada banco de datos debe determinar niveles de acceso según las responsabilides del operador y barrera para los externos. Especial consideración debe ser atribuida a los datos sensibles particularmente tutelados. Existen ya leyes nacionales y algunas tentativas de carácter internacional. También aquí existen estándares internacionales que garantizan a quienes operan fuera del proprio territorio.

2. *La brecha digital*

Desde este punto de vista el gobierno digital no puede ser neutral y debe considerar que esta brecha, si sigue creciendo, es un impedimento propio en el sentido de excluir muchos países y muchas áreas de muchos países.

La mayor parte de las disciplinas que sustentan el gobierno digital son ciencias sociales. Las ciencias sociales son, por definición, empíricas (aunque no siempre se comporten como tales). Por lo tanto, los datos de hecho son cruciales para cualquier planteo de gobierno digital que pretenda un mínimo de sustentación científica. Existe una enorme diferencia con respecto al uso y la explotación de las TCI, que puede ser resumida en estos datos aproximados: más del 80% de todo el tráfico de intercambio de informaciones por vía electrónica se efectúa en el Hemisferio Norte. Casi el 50% de ese 80% del tráfico se concentra en EE.UU. y Canadá.

La crisis económica que atraviesa todo el globo es particularmente sensible en aquellos países en vías de desarrollo, que además tienen una deuda externa notable.

El gobierno digital puede ser una ocasión de ahorro concreto de tiempo, esfuerzos, recursos, divisas, a condición de que se realice con un plan sustentable y con estándares internacionales que garanticen la conectividad de cualquier política concreta. Es más, además del ejemplo que la Administración puede dar hacia la sociedad, genera actividades y confianza, que es el recurso más escaso en tiempo de crisis.

Es cierto que para ciertas infraestructuras como el tendido de cables, el potenciamiento de la banda ancha, etc., se necesitan inversiones no pequeñas, pero aquí concurren tres factores de notable importancia: el primero, el interés de las empresas de los países industrializados en desarrollar a lo ancho y a lo largo del mundo todo su potencial industrial y terciario; el segundo, el interés de los gobiernos de los países desarrollados en esta expansión de las tecnologías TCI por la presión que reciben de sus *lobby* industriales, y por el beneficio de poder integrar servicios siempre más sofisticados de intercambio de informaciones planetariamente. El tercer elemento es contingente: la capacidad instalada de TCI en cada uno de los países.

Con el mismo presupuesto que se financia un mediocre desempeño con burócratas frustrados y una sociedad civil exasperada se puede programar una

reforma sustentable de buenos rendimientos. Pero con varias condiciones. La primera es una cuidadosa planificación por parte de los mismos actores del gobierno actual, ayudados, sostenidos y aconsejados por expertos y especialistas, pero que sea una política local (luego explicaremos mejor esto), decidida por políticos locales y ejecutada por funcionarios locales. No hay manera de aplicar pantográficamente ningún modelo administrativo por exitoso que sea.

El modelo generalísimo que esbozo en estas pocas páginas es necesariamente un modelo ideal que debe ser contextualizado por los políticos y funcionarios que luego lo deberán poner en ejecución.

La segunda: la adopción de estándares internacionales que garanticen la conectividad.

La tercera: la adopción de una serie de medidas normativo-organizativas que no pueden faltar [21] y a las cuales hemos dedicado todo el punto III.

Es más, la *e-vocacy* es una parte del gobierno digital y como instrumento constituye también una oportunidad. La idea de no consentir la exclusión es una de las prioridades de la Unión Europea, y no sólo la opera para sí, sino que la sostiene también en relación con terceros países, como el punto de *e-inclussion* en el programa @lis [22].

El gobierno digital, sea como oportunidad, sea como compromiso en la participación es una gran oportunidad para el desarrollo, a condición que desde el gobierno nacional hasta los gobiernos locales se aplique una política horizontal y vertical de subsidiariedad, se usen los estándares de interoperabilidad, se compartan los datos, se invierta en la formación, se piense y se programe antes de hacer.

Allí donde no llegan las redes, aun por razones de escasa cultura informática, pueden crearse kioscos ciudadanos que pueden dar datos, entregar y recibir formularios y certificados en materia administrativa, cívica, sanitaria, fiscal, etc., a cambio de que haya un programa nacional claro, breve y rígido de compatibilidad de estándares de la interconexión y de la seguridad.

La disminución de los costos de transacción en las relaciones entre ciudadanos, empresas y Administración, las formaciones sociales, los aparatos burocráticos y las instituciones políticas pueden hacer del gobierno digital un medio para el desarrollo.

El tema fue afrontado por el Report 2001 de la Digital Opportunity Task Force [23]: "Cómo superar la brecha digital y dirigir la fuerza de la TCI y de los

[21] Esto es lo que se llama un plan mínimo de lo que no puede faltar, no de todo aquello que puede o debe haber.

[22] http://europa.eu.int/comm/europeaid/proyectos/alis@LIS intends to implement about 20 demonstration projects in Latin America that will demonstrate the benefits of the information society to the citizens in four thematic areas:

1. e-local governance; 2. education and cultural diversity; 3. e-public health; 4. e-inclusion.

[23] "*From Digital Divide to Digital Opportunity for All*".

networks globales en modo de asegurar iguales oportunidades, mayores poderes e inclusiones para todos".

V. Gobierno digital y *governance*

El gobierno digital es el resultado de poner los recursos y los medios que dan las TCI en el sector público, y bien puede ser visto como uso de políticas públicas para mejorar la calidad del tipo de gobierno, democracia, por ejemplo, así como las relaciones dentro del gobierno y entre gobernantes y gobernados.

Las políticas públicas del gobierno digital nacen como proyectos, pero se vuelven procesos. Desde el punto de vista prescriptivo, esta concepción comporta una gran atención a los últimos eslabones de la cadena de la actuación, de tal manera que las formas concretas de la relación entre la *front line* y los destinatarios finales puedan condicionar toda la arquitectura del proyecto. Las políticas para la *e-governance* son vulnerables con respecto a las dinámicas *bottom-up*. Estando basadas en una lógica que apunta sustancialmente al usuario final, toman descubierta la amplitud de los márgenes de discrecionalidad de la cual disponen implementadores y usuarios. Es conveniente tener en cuenta este problema para no proyectar soluciones que sean peores que las exigencias que las generaron.

Las políticas públicas están sostenidas por una compleja y cargada red de interacciones. Los actores se mueven en el *policy making* como portadores de específicos intereses, preferencias e idiosincrasias. En las democracias contemporáneas, el pluralismo de los intereses y la fragmentación de los centros de decisión difícilmente pueden ser canalizados a través de una arquitectura institucional sólida y coherente. Desde el punto de vista prescriptivo, esto obliga a identificar y promover redes capaces de tener en contacto a todos los que tengan intereses, opiniones y reacciones diferentes para promover formas de ajuste recíproco. En estas telarañas de interacciones de actores en red, por lo general, se está muy preocupado por la seguridad, pero también pueden aparecer vetos injustificados o improvisados en la cadena de decisiones [24].

La caja de instrumentos del analista de las políticas públicas se enriquece si además de los recursos tradicionales del análisis racional de las decisiones (los análisis costos-beneficios [25], medidas de *output*, *outcome* e impacto) se agregan: la reflexibilidad, la experimentación y el aprendizaje; la construcción de las redes de actores; la continua redefinición de los objetivos, la verificación *bottom-up* de la implementación efectiva y el reconocimiento de márgenes de ambigüedad y casualidad.

[24] Sobre este punto, desgraciadamente, existe poca literatura.

[25] Que son extremadamente importantes en un área de la legislación que comienza a tener ribetes estándar gracias a un programa de la OCDE, llamado PUMA, en el cual se inserta otro mucho más concreto llamado Ari.

Una de las características del gobierno digital consiste en la irregular distribución a nivel internacional con países líderes como Canadá, Singapur y EE.UU., y otros decididamente retrasados. Pero además, en la irregular distribución dentro de estos países adelantados u atrasados dentro de la propia administración de gobierno.

Para explicar los diferentes recorridos y grados de desarrollo del gobierno digital es necesario no sólo conocer los recursos que ofrecen las TCI, sino también aquellos saberes y técnicas con las cuales en esos países se ha actuado el Gobierno, digital o no.

La paridad de tecnología, las competencias y los conocimientos con los cuales se tratan los problemas dentro de la Administración Pública (*lato sensu*, comprendiendo los tres poderes) pueden sostener experiencias de gobierno digital o condenarlas a la marginalidad.

El solo hecho que se trabaje con estándares garantiza que por mal que sea una experiencia es siempre reacomodable (aunque puede requerir mucho tiempo), mientras que si alguna iniciativa va a buen puerto no será una catedral en el desierto gracias a la conectividad.

El derecho administrativo es una especie de *codebook* ya confeccionado y, en principio, completo. Por lo tanto, lo que se debería hacer es formalizar ese conocimiento y volcarlo en un sistema informático. Transportar en *information flow* las reglas formales conduce a un pequeño problema: las administraciones consiguen obtener resultados porque dejan un margen amplio de laxitud a interpretaciones que oponen a la rigidez de las normas una vasta serie de prácticas basadas en la confianza infraorganizativa e interorganizativa. Dicho de otro modo: han creado una legalidad informal que —a veces— resulta difícil trasladar a reglas [26].

El gobierno digital no es sólo una política pública, es también un medio poderoso que puede influenciar la manera como se tramitan las otras políticas. Las modalidades de ingresar en agenda los temas, las sedes para la constitución del consenso, la información sobre el *iter* formal de las medidas puede dar una mayor valoración directa por parte de los interesados.

La aplicación de la TCI al sector público tiene consecuencias no sólo en lo que se refiere a la reforma de los servicios públicos, aumentando la eficiencia, la eficicacia, la transparencia y la accesibilidad. Ella tiende a la desconcentración del poder y la mayor participación de los ciudadanos y de los entes sociales en el proceso de formulación y decisión de las políticas públicas.

Desde la perspectiva de *governance* se comparte la información entre una pluralidad de sujetos públicos y privados. Esto transforma el funcionamiento de los aparatos administrativos en una circulación de la información pública que facilita el desplazamiento horizontal. Por otro lado, las delegaciones de poderes

[26] Si bien es siempre posible.

incrementan las posibilidades de descentralización, y es por eso, y por la posibilidad de participación de los entes sociales y ciudadanos, que el gobierno digital necesita una base tecnológica para la subsidiariedad tanto vertical como horizontal.

El problema principal es el de dar eficiencia a un modelo de integración de servicios en el cual aparezca una atenta lectura de las necesidades del usuario y no las de la Administración. La estandarización internacional consiste en la propuesta en torno a los "eventos de la vida" que son comunes.

1. De nuevo los estándares internacionales

La OCDE ha constituido en 1990 un soporte para los países miembros, ofreciendo conocimientos específicos y análisis comparativos en términos de eficiencia, responsabilidad y efectividad. El programa llamado PUMA (Public Management Service) promueve y monitorea las innovaciones del Management del sector público y representa un punto de referencia no sólo para los países participantes, sino para todos los países que quieren lograr eficiencia en el gobierno digital. Dentro de este programa han surgido subprogramas aun más específicos, como el AIR (Análisis del Impacto de la Reglamentación).

El AIR consiste en un conjunto de actividades que las administraciones deben desarrollar desde el momento mismo de la concepción del acto normativo y tienen por objeto valorar los efectos de una intervención legislativa a fin de lograr un mejor resultado costo/beneficio.

El AIR consiste en una serie de acciones previas a la redacción del texto normativo y una serie de acciones posteriores para verificar el resultado obtenido.

Es sumamente importante que exista una tabla de considerandos que se deben tener en cuenta antes de dictar la norma y que deben acompañar a ésta durante toda su vida útil, pues es el único modo objetivo de poder discriminar seriamente el cumplimiento de tales objetivos y, en definitiva, la relación costo/beneficio.

Las tareas previas consisten en: 1) Definir el ámbito de intervención, el contexto, las exigencias sociales, económicas y jurídicas. 2) Describir los resultados que se quieren obtener. 3) Cuáles son las acciones relevantes y sus presupuestos. 4) Determinar las áreas críticas. 5) Valoración de la opciones y determinación de la opción preferida. 6) Individualizar el instrumento jurídico más adecuado. 7) Documentar en una ficha todo cuanto se ha hecho en esta parte preliminar. Hay luego una parte conclusiva del análisis que consiste en: 1) Puntualización del contexto de la opción preferida. 2) Definición detallada de los objetivos y resultados que se espera obtener. 3) Individualizar una metodología para el análisis. 4) Evaluar los efectos sobre la Administración. 5) Valoración del impacto sobre los destinatarios. 6) Documentar todo en una ficha.

La consulta permanente es el método principal del AIR, y por eso es necesario determinar cuándo. La consulta atraviesa todo el proceso de elaboración de la normativa, dividiéndose en análisis primario, o sea, los que están orientados a escuchar a los propios destinatarios para relevar sus específicas exigencias; y secundario, o sea, el reconocimiento general de las informaciones relevables del sector.

¿A quién consultar? Depende sustancialmente del tipo de normativa y los sectores que involucra. La técnica de cómo efectuar los análisis dependen de tres elementos: 1) Los costos de la realización. 2) La atendibilidad y validez de los resultados obtenidos. 3) La exhaustividad y utilidad de los datos. Las técnicas pueden ser de *focus group*, paneles, entrevistas estructuradas o muestreo.

¿Qué costos y beneficios deben tenerse presente? Los que recaen sobre la estructura y el funcionamiento del mercado, los de ocupación y los de tipo social.

La valoración final debe individualizar a los destinatarios de la medida, cuantificarlos, determinar costos y beneficios para cada categoría, monetarizar esos costos y beneficios. y determinar el horizonte temporal de la medida y de sus resultados.

2. La democracia digital

Desde las primeras experiencias, más teóricas que prácticas [27], hasta los primeros análisis del fenómeno [28], se siente la necesidad de establecer en qué punto están las experiencias de la democracia digital, qué ha habido de exagerado en las previsiones, qué agregan las nuevas tecnologías, cómo es el comportamiento político en el gobierno digital. El gobierno digital introduce nuevas variables en las relaciones entre la burocracia pública y los ciudadanos, abriendo pasos a nuevas formas de comunicación. La investigación que se ha hecho ha mostrado los cambios importantes experimentados en la Administración y la reorganización gracias a las nuevas formas de comunicación, pero nos falta una clara concepción de la diferencia (si es que la hay) de las formas de participación y decisión gubernamentales.

El tema de la participación siempre estuvo en el centro de la atención de la democracia. Siempre ha dado lugar a discusiones entre los participacionistas, desde Rousseau hasta los modernos teóricos de la "democracia fuerte" [29], y los que consideran que a la mayor parte de los ciudadanos la cosa pública interesa poco

[27] BECKER, T., "Hawai televote: Measuring Public Opinion on Complex Issues", en *Political Science*, nro. 1, 1981.

[28] ABRAMSON, J. - ARTERTON, F. C. - ORREN, J., *The Electronic Commonwealth. The Impact of New Tenchnologies on Democratics Politics*, New York, Basic Books, 1988.

[29] BARBER, B., *Strong Democracy, Participatory Politics for a New Age*, The University of California Press, 1984.

y, por tanto, son incompetentes, como Sartori [30] o Dahl [31]. Las nuevas tecnologías replantean el problema y algunos sostienen que son la solución esperada para una mayor participación; otros, que la apatía política se puede palpar mejor con la abundancia de posibilidades de participación.

Se puede decir que en los Estados Unidos han surgido las mayores experiencias de nuevas formas de organización social a través de las *community networks*. En Europa, el desarrollo de las tecnologías de información se ha dado sobre todo a nivel de gobierno local (Municipios) y ha consistido más bien en aligerar el peso de los ciudadanos en cumplir trámites burocráticos y en garantizar el acceso generalizado a la documentación pública.

En pocos años la atención de los gobiernos se focalizó en la comunicación pública [32] y en la erogación de servicios *on line*. Cierto es que el pasado decenio ha significado, en las democracias más avanzadas, la crisis de la legitimación y el consenso de las instituciones públicas, y concomitantemente la profunda transformación de los medios y de las formas tradicionales de la comunicación política [33]. El voto electrónico es una de las realizaciones más significativas desde el punto de vista de la *e-democracy*, y tiene tantas ventajas que se hace difícil comprender el porqué de tanto retraso. Pero el voto electrónico es sólo la activación por medios modernos de un proceso tradicional como el votar. La participación política se jugará en campos más complejos, como los de la inclusión y la participación en decisiones políticas importantes, no sólo en la designación de personas para ocupar cargos públicos.

En Brasil, desde el año 2000, los ciudadanos votan *tramite computer* situados en los lugares de voto y se conservan en urnas electrónicas haste el escrutinio. También en el 2000, los estudiantes de la Universidad de Osnabrück, en Alemania, eligen sus representantes vía Internet a través de una Carta de Identidad digital. En EE.UU., el partido demócrata de Arizona ha desarrollado sus primarias presidenciales con el voto en sitio web.

3. El gobierno digital entre política, administración y negocios

El gobierno electrónico tiene una ambigüedad que nace del hecho de haber formado parte de las reformas administrativas, como en los Estados Unidos, a partir del gobierno Clinton en 1993, tener consecuencias políticas importantes y marchar sobre estándares y productos que lideran las grandes multinacionales de la Red.

[30] SARTORI, Giovanni, *The Theory of Democracy Rivisited*, Beverly Hills, Sage Publications, 1984.

[31] DAHL, Robert, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

[32] MANCINI, P., *Manuale di comunicazione pubblica*, Bari, Laterza, 1996.

[33] COLEMAN, S. - NORMAN, E., *New Media and Social Inclusion*, Londres, The Hansard Society.

A los planes vigorosos de EE.UU. respondió más blandamente, pero ahora con renovado brío, la Unión Europea, y luego, poco a poco, diferentes países de África, América latina y Asia en francas zonas en vías de desarrollo.

Nadie niega la brecha tecnológica, pero en muchos casos se habla de la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías para hacer verdaderos saltos cualitativos en la gestión de la cosa pública.

La expresión "gobierno digital" trasciende el mundo administrativo para abarcar el universo más amplio de la política.

Hay poca reflexión teórica sobre el tema, a despecho de que el *e-government* ha asumido un porcentaje de crecimiento realmente impetuoso. Sólo en el 2001 se ha registrado una expansión de la presencia en la red de gobiernos mayor que en los cinco años precedentes, llegando a más de 50 mil sitios (de los cuales sólo en EE.UU. existen 22.000) frente a los 50 existentes en 1996.

Cualquier revisión histórica del fenómeno debe tomar en cuenta los trabajos realizados en EE.UU. desde comienzos de los años noventa. El Programa de la National Performance Review que fuera rebautizado como National Partnership for Reinventing Government [34], fuertemente apoyado por el vicepresidente Gore y sancionado por Clinton en 1993, es el primero y más conocido ejemplo de ingeniería administrativa tendiente a cambiar con gradualidad, pero radicalmente, las relaciones entre administradores y administrados.

El texto teórico que más contribuyó al programa de reforma fue el famoso libro de Osborne y Gaebler [35].

El programa citado antes, dirigido por Morles y Winograd, tenía tres directivas fundamentales: 1) El proceso de adaptación de los gobiernos al nuevo ambiente *on-line* a través de la creación de agencias virtuales para estructurar todos los servicios e información para cada evento de la vida. 2) Proveer a los ciudadanos un acceso único a la información. 3) Completar el plan llevando el cambio a las zonas más lejanas y menos desarrolladas. Con las palabras del mismo Winograd [36], "dando al público una oportunidad de interactuar con su propia admnistración para mejorar los resultados, podemos llevar el *e-government* a un nivel que hoy los gobiernos no pueden soñar alcanzar".

Obviamente, el programa tuvo defensores y detractores. Lo que no se puede negar es que en pocos años se ahorraron 137 mil millones de dólares; se redujo en 348.000 las unidades de personal para el mismo trabajo; se escribieron

[34] El cambio del nombre del plan no fue sólo verbal. En realidad comenzaron a jugar elementos como la *devolution*, la subsidiariedad y el *otutsourcing* en la mayor o menor proximidad entre autores públicos y privados.

[35] *Dirigir y gobernar. Una propuesta para reinventar la Administración Pública.* Hay traduccion italiana, Milano, Garzanti, 2002. El libro es de 1995.

[36] WINOGRAD, M., *A ICT Impact on the Organisation of Goverment. III Gobla Forum on Reinventing Government*, Nápoles, 2001.

640.000 páginas de reglamentos internos, y se derogaron 160.000 páginas de normas federales.

La Unión Europea comenzó con el Libro Blanco de Delors, en 1993, y las sucesivas versiones de los planes europeos para la sociedad de la información que están por alcanzar en estos días la sexta versión anual.

La ONU, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y sobre todo la OCDE han tratado de difundir las *best practicies* del gobierno digital, aun en países que debieron hacer saltos tecnológicos pasando de organizaciones muy rudimentarias a otras muy sofisticadas. El tema es álgido y puede (y dio) lugar a sueños irrealizables, pero con una comisión interna de expertos que siga paso a paso y no se aparte de los estándares internacionales, el gobierno digital puede ser una oportunidad para los países en vías de desarollo.

En julio del 2000, en Okinawa, nació la Digital Opportunity Task Force y la Carta de la Sociedad Goblal de la Información, donde los temas de la *governance* y la brecha tecnológica son tratados de frente.

VI. Los resultados

Una investigación llevada a cabo por la Benchmarkin E-government: Assessing the Unites Nations Members States, conducida por las Naciones Unidas en 2002, describe el nivel de implementación del *e-government* en los diferentes países, midiendo paralelamente su capacidad de desarrollo en los servicios *on-line*. El resultado es la construcción de un índice sintético que identifica los factores críticos presentes en cada país y establece un punto de referencia al cual los Estados miembros analizados se puden referir para verificar el comportamiento del proceso de innovación y medir los progresos realizados.

El nivel medio es de 1,62 y los países industrializados se encuentran a la cabeza con números muy superiores: 3,11 para EE.UU., y 2,60 para toda Norteamérica. Australia está en 2,60, Nueva Zelandia en 2,59, Singapur en 2,58, Noruega en 2,55, Canadá en 2,52, Inglaterra también en 2,52, Holanda un punto menos, 2,51, Dinamarca en 2,47, Alemania en 2,46 e Italia en 2,21. En el otro extremo se encuentra África, con países del 0,84. El resto de Asia, por encima del 1, como América latina, pero lejos del 1,62, salvo el caso de México, que supera esa cifra.

Los sitios web gobernamentales pertenecientes a 190 países de la ONU son más 1.900 y los sectores principales son la sanidad, la educación, el trabajo, el bienestar y la administración financiera.

El cuadro muestra que si bien durante el 2001 y 2002 los países han activado programas nacionales de gobierno digital, 91 se encuentran todavía en la etapa embrionaria de la *information delivery*. Cincuenta y cinco países han llegado ya a la etapa de procesos administrativos interactivos, y sólo 17, todos miembros

de la OCDE, ofrecen a sus ciudadanos servicios avanzados que implican la capacidad de parte de los usuarios de intervenir con el gobierno consiguiendo infomación, ordenando y obteniendo certificados y hasta pasaportes, y la propia declaración de réditos.

La relación que se está creando entre control informático y control jurídico político está resumida en las palabras de Lawrece Lessig: "La arquitectura informática es un tipo de ley: determina aquello que la gente puede o no puede hacer. Cuando son los intereses comerciales a determinar la arquitectura, se viene a crear un tipo de ley privatizado" [37]. Un fuero, diríamos en términos jurídicos.

Los movimientos de *"free software"* y *"opensource"* si bien aún minoritarios, son un importante testimonio y defensa de los valores de la *Accountability* democrática. Es cierto, aún debemos tomar en cuenta el vasto panorama de la Red, pero creo haber planteado algunos temas que deberemos develar en el futuro próximo.

No obstante los importantes cambios que el gobierno digital propone y contiene en sí mismo, el panorama mundial no parece ser de una gran revolución en la relación gobernantes/gobernados.

[37] LESSIG, L., *Code and other Laws of Ciberspace*, Nueva York, Basil Book, 1999.

CAPÍTULO VIII

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y EN EL CONTROL

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y EN EL CONTROL. UNA PERSPECTIVA NORTEAMERICANA

por ANA MARÍA MERICO-STEPHENS*

INTRODUCCIÓN

El tema que le toca elaborar a este panel abarca la organización administrativa y la participación ciudadana dentro de ella. Si bien puede ser superfluo —y hasta poco elegante— emprender mis comentarios recalcando el título de este coloquio, ello me permite enfatizar la amplitud temática que engloban las características distintivas del "*administrative state*" estadounidense [1].

Sabido es que el derecho administrativo es complejo; no es difícil perderse en los asombrosos laberintos normativos y doctrinales que caracterizan al sistema administrativo americano. Creo que es fundamental tener un marco de referencia contextual dentro del cual uno podría ubicar el estudio de este tema, el cual aclararía la importancia de la participación pública dentro de ese contexto.

* Associate Professor of Law and Affiliated Professor of Latin American Studies, The University of Arizona, James E. Rogers College of Law, Tucson, Arizona, United States of America. B.A. University of Cincinnati; J.D., The University of Michigan Law School, Ann Arbor, Michigan. Con disculpas por adelantado a mis lectores por mis errores en traducción y por las construcciones gramaticales inadecuadas. Agradezco por adelantado cualquier aporte constructivo crítico o sugerencias ofrecidas. Estoy muy agradecida por la ayuda editorial excepcional del Lic. Juan Antonio Stupenengo.

[1] En este trabajo utilizo los términos "agencias administrativas," "entes administrativos", "agencias reguladoras" y "sistema administrativo" intercambiablemente.

Por ello me parece importante comenzar por exponer algunas breves consideraciones en torno a los referentes históricos, constitucionales, políticos y sociales que justifican y sustentan a la "rama" administrativa.

Mi objetivo —dentro del marco puntualizado— es presentar una síntesis comprimida (aunque espero que útil) de los aspectos más importantes que encuadran este tema [2]. Desde el punto de vista del derecho comparado, mi humilde contribución no es más que un esbozo de los conceptos y normas que regulan la participación ciudadana en el régimen jurídico administrativo estadounidense aunque —dadas las restricciones que se imponen en un trabajo de este tipo—, muchas de las consideraciones en él efectuadas han sido desarrolladas con excesiva simplificación.

En otras palabras, el análisis que ofrezco no tiene como objetivo explicar las similitudes o congruencias entre el sistema argentino y el norteamericano [3], sino describir ciertos aspectos de las estructuras públicas participativas en este último, con todas sus vulnerabilidades contradictorias, fragmentarias, burocráticas, y de identidades colectivas múltiples. Espero poder ofrecer algunas consideraciones que puedan servir como punto de partida para un estudio más sistemático y profundo sobre el tema.

En tanto la Constitución argentina de 1853 —reformada en el año1994— está diseñada sobre la base de la estadounidense, varios de los fundamentos normativos, jurisprudenciales y legislativos aquí vertidos son equiparables al régimen argentino y, por ende, tal vez ilustrativos de lo que es posible o de utilidad en lo que a la participación pública respecta. No obstan a tal equiparación las diferencias que exhiben las democracias modernas, en tanto que todas enfrentan problemas análogos con respecto a sus sistemas administrativos. Toda democracia debe lidiar con las condiciones sociales modernas y asumir la responsabilidad que se le impone como tal para la mejora de la sociedad civil. Los requerimientos son paralelos: la racionabilidad, la proporcionalidad, la justificación de la regulación, el control de la discreción, la minimización de la arbi-

[2] Por medio de este trabajo también quisiera facilitar a los lectores el acceso a la información pública disponible gratuitamente en el Internet acerca del tema abarcado y otros aspectos del derecho norteamericano. Las notas al pie que siguen incluyen, en lo posible, links al sitio Web donde puede obtenerse la información referenciada. Para ayuda general con respecto a la investigación del derecho americano y las bases de datos disponibles, ir a la página principal de la Universidad de Arizona College of Law, link de la "law library," *http://www.law.arizona.edu*, la cual a su vez contiene cientos de referencias a otros sitios de utilidad e interés en todas las áreas del derecho, incluso el derecho internacional y comparado.

[3] Aunque un estudio comparado de este tipo sería importantísimo y de bastante utilidad tanto para los estudiantes del derecho administrativo estadounidense como para los estudiantes de otros sistemas legales. Éste es un tema que me interesaría bastante poder investigar y analizar en el futuro inmediato.

trariedad y los aportes de las personas y de las organizaciones reguladas, entre otras [4].

Este trabajo está divido en tres partes. En la primera parte expongo el contexto constitucional del derecho administrativo norteamericano. Aquí introduzco el derecho administrativo como ente dependiente del Congreso, y explico brevemente las expectativas legislativas fundamentales que limitan la subsistencia de esta rama del derecho.

En la segunda parte esbozo las bases constitucionales e históricas del derecho administrativo. Intento contextualizar y explicar la colosal expansión de la rama administrativa en los Estados Unidos a través de un lente histórico y constitucional. Aquí reseño algunos de los problemas teóricos que presenta la delegación de poderes, y hago referencia al lugar incómodo e híbrido que ocupa el estado administrativo en una organización política semidemocrática.

En la tercera y última parte describo varios aspectos de la participación pública, encauzándome en los procedimientos, requerimientos constitucionales mínimos, límites, eficiencias e ineficiencias y garantías gubernamentales que se reivindican a causa de la participación. En esto me refiero, entre otros problemas, a la transparencia que es necesaria para legitimar las decisiones y actos burocráticos, y para la implementación efectiva del derecho civil a la participación que mantienen los ciudadanos [5].

Parte I. Contexto Constitucional del Derecho Administrativo Norteamericano

I. Introducción al Derecho Administrativo

Los temas más importantes del derecho administrativo en los Estados Unidos tratan cuestiones complejas y entrelazadas de políticas públicas, hechos,

[4] La obligatoriedad del estado al cual aquí me refiero está basada, en parte, en el concepto de legalidad y responsabilidad patrimonial de los entes públicos. En el contexto del gobierno de los Estados Unidos, se entiende que el gobierno se ha formado para servir al pueblo, que la soberanía reside en el pueblo, que el pueblo tiene la prerrogativa de demandar reparaciones por agravios cometidos por el gobierno (en los cuales están incluidos los entes públicos), y que el Congreso debe proteger la seguridad social en todos sus aspectos. Ver la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. *http://www.gpoaccess.gov/constitution/html/conart.html.*

[5] Se entiende que la participación pública en las decisiones administrativas y en el control es una función ciudadana fundamental en un gobierno democrático. La participación pública está íntegramente basada en las garantías estructurales de la Constitución de los Estados Unidos. Véase "Globe Newspaper Co. v. Super. Ct. for County of Norfolk", 457 U.S. 596, 606 (1982) (citations omitted). Ver también "Waller v. Georgia", 467 U.S. 39, 46 (1984); "Rivera Puig v. Rosario", 1992 U.S. Dist. LEXIS 2011 (D. P.R. Jan. 31, 1992).

derecho constitucional, procesal, y teorías de gobierno y democracia. Por ello es difícil separar el análisis de un aspecto del derecho administrativo anglosajón de los principios fundamentales del derecho constitucional, ya que tal análisis exhibe cierta artificialidad en la indagación dentro de un tema complejo. Ello se debe a que el derecho administrativo no constituye un compartimiento hermético dentro del ordenamiento jurídico, sino —más bien— una rama del derecho constitucional. Es por eso que una adecuada exposición sobre la participación ciudadana en el régimen jurídico norteamericano requiere una descripción del contexto constitucional en el que tal participación tiene lugar.

Inicialmente, uno puede definir al derecho administrativo como el estudio de los límites constitucionales sobre las acciones y poderes de agencias reguladoras, entes éstos que funcionan como interlocutores dotados de competencias delegadas por las dos ramas políticas y, consecuentemente, como agentes del pueblo. Al respecto cabe señalar que en el contexto de una democracia republicana basada en la división de tres —y solamente tres— poderes constitucionales, la rama administrativa ocupó desde siempre un lugar incómodo e híbrido.

Dado este contexto, cabe destacar en primer lugar que el derecho administrativo norteamericano regula, principalmente, el procedimiento a través del cual las agencias administrativas federales y estatales desempeñan las funciones delegadas por las respectivas legislaturas. Pero tal procedimiento no implica una mera cuestión formal, sino que está en juego la legitimidad —democrática o constitucional— del estado administrativo y los límites normativos que deben atenderle. La concentración principal del estudio del derecho administrativo —en definitiva— es la preocupación con el proceso justo (*fairness of procedure*) y con el debido proceso de ley (*due process of law*) como principios constitucionales básicos [6].

[6] El concepto de debido proceso se encuentra en las enmiendas 5 y 14 de la Constitución de los Estados Unidos. La enmienda 5 restringe los poderes del gobierno federal *vis-à-vis* los ciudadanos, y la enmienda 14 hace lo propio respecto del poder de los Estados. La norma dispone que el gobierno puede privar (o expropiar) a un particular de su propiedad, libertad, o vida, solamente después de haberle acordado un "debido proceso". A su vez, se entiende que este último existe cuando, antes de la privación, tiene lugar una audiencia con un tribunal judicial o administrativo.

La historia jurisprudencial del concepto es compleja, ya que la Corte Suprema lo ha divido en dos normas muy diferentes: el debido proceso sustantivo, y el debido proceso procesal. Ver la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, *http://www.gpoaccess.gov/constitution/html/conart.html*. El primero se refiere a privaciones que el gobierno jamás puede llevar a cabo, sin importar el tipo de audiencia que utilice para la privación. El segundo —esto es, el aspecto procesal del concepto— se refiere al tipo de audiencia o proceso que la constitución impone en diferentes casos. Para acceder a la Constitución Americana y otros documentos oficiales de Estados Unidos, ir a: *http://www.law.arizona.edu/Library/internet/legal—links/federal/general.htm* (cortesía de la Universidad de Arizona College of Law, Biblioteca de Derecho).

Para explicaciones académicas sofisticadas acerca de los problemas inherentes en estos

El código federal principal que regula el órgano administrativo es el *Administrative Procedure Act* (en adelante, APA) [7], o el Acto Procesal Administrativo. Éste clasifica a la acción administrativa en tres partes: 1) adjudicación cuasi-judicial; 2) facultad reglamentaria (o acto cuasi-legislativo), y 3) acciones informales ("*informal rulemaking*"). Además, el marco legal del APA establece que las agencias administrativas son creaciones legislativas y no pueden ser creadas por las cortes; y las agencias tienen existencia legal en la medida en que el congreso les haya delegado la competencia para funcionar como ente administrativo [8].

La competencia delegada puede ser excepcionalmente extensa, como, por ejemplo, la delegación a la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency "EPA"*), que controla la polución, la calidad del agua y otros aspectos del medio ambiente [9]. O puede encontrarse el otro extremo, una delegación extremadamente detallada, otorgándole poca discreción a la agencia. Un ejemplo de tal delegación puede verse en el contexto de las leyes que abarcan la asistencia social, en las cuales el Congreso, y no la agencia, determina el nivel de beneficio social que les corresponden a ciertas personas. La obligación de la agencia es la de repartir esos beneficios de acuerdo con el mandato legislativo [10].

Mas allá de las infinitas variedades de competencias que pueden ser delegadas a las centenas de agencias administrativas que existen en el día de hoy, la función administrativa comprende aspectos propios de los tres poderes constitucionales. Los entes administrativos ejercen facultades legislativas, jurisdiccionales y de ejecución de sus reglamentos. Estas facultades implican un desafío único para el derecho administrativo a raíz de que la Constitución norteamericana consagra —casi fanáticamente— el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos como principios constitucionales de primera orden. La división de poderes en la Constitución es explícita —postulada en los tres primeros artículos— y no incluye los entes administrativos.

---

conceptos constitucionales ambiguos y amplios, consultar, por ejemplo, FALLON (Jr.), Richard H., *Some Confusions About Due Process, Judicial Review, and Constitucional Remedies*, 93 COLUM. L. J. 309 (1993); COPELAND (Jr.), BASIL L. - NIXON, Walter W. III, *Procedural Versus Substantive Economic Due Process For Public Utilities*, 12 ENERGY L. J. 81 (1991).

[7] Federal Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 551, *et seq.*, ir a *http://www4.law.cornell.edu/uscode/5/551.html*. Para acceder al código federal de leyes libre de cargo, ir a *http://www.lib.umich.edu/govdocs/fedlaws.html* (University of Michigan Library access to government documents); o *http://www4.law.cornell.edu/uscode/*. (Legal Information Institute).

[8] Véase, por ejemplo, Fox, William F., *Understanding Administrative Law* 2, Lexis Publishing, 4th ed. 2000.

[9] Para más información con respecto a todas las agencies administrativas y sus respectivas competencias, véase *http://www.infoctr.edu/fwl/index.htm#toc* (The Center for Information Law And Policy).

[10] Fox, W., *Understanding...*, cit.

II. Contexto constitucional e histórico

La Constitución norteamericana es suprema como fuente de ley. Las normas constitucionales ocupan un lugar prioritario en el ordenamiento jurídico, siendo —por ende— superiores a las leyes federales y estatales, a los decretos (emitidos por el Presidente), a las regulaciones (emitidas por los entes administrativos), e incluso a los tratados internacionales.

En el tema bajo examen, la supremacía constitucional tiene una importancia especial. Las particularidades normativas del régimen administrativo y su dimensión participativa pública sustentan no sólo los valores estructurales (si bien también instrumentales) de la Constitución (como, por ejemplo, el valor de tener acceso a las decisiones gubernamentales y a sus justificaciones), pero también resarcen la concepción de la soberanía popular. Con respecto a este último concepto, me refiero a la legitimidad que se les exige a los entes administrativos como punto de partida para la aceptación de sus decisiones y acciones por parte del pueblo, el cual es el que teóricamente ha aprobado su existencia y permitido la ejecución de las facultades delegadas.

A estas alturas, es importante presentar brevemente los propósitos que están detrás de la creación de la Constitución americana para darle contexto a las explicaciones acerca de la legitimidad de las decisiones administrativas. A un nivel muy general, la sanción de la Constitución norteamericana tuvo como objetivo solucionar dos de los problemas más serios que afrontaba la entonces emergente nación [11]: 1) agrandar el poder y la efectividad del gobierno federal, preservando la autonomía de los estados y 2) evitar una concentración de poderes que pudiera derivar en una tiranía como aquella respecto de la cual se lograba la independencia. Para lograr tales objetivos, los *framers* consideraron fundamental fijar términos formales, aunque bien ambiguos, en la creación de la estructura del nuevo gobierno [12].

En dicha tarea, los artículos de la Confederación habían resultado un fracaso abrumador como base de organización gubernamental práctica [13]. En efecto, las pasiones encontradas, los diferentes intereses estatales, y la torpeza del poder federal para gobernar efectivamente, pusieron de manifiesto la necesidad de lograr una solución más eficaz que la entonces existente. Un poder central débil se mostraba incompatible con la protección de la libertad de la Unión.

[11] Strauss, Peter L., *An Introduction to Administrative Justice in the United States 8*. Carolina Academic Press, 1989.

[12] Para acceder a múltiples referencias acerca de la historia constitucional de los Estados Unidos, véase *http://www.libraries.rutgers.edu/rul/rr-gateway/research-guides/history/history.shtml* (cortesía de la Universidad de Rutgers).

[13] Para acceder a todos los artículos de la Confederación, refiérase a *http://www.yale.edu/lawweb/avalon/articonf.htm* (cortesía del Avalon Project of Yale University).

Si bien la Convención Constituyente que se convocó en mayo de 1787 tuvo como propósito inicial la enmienda de los artículos de la Confederación, reunidos en Filadelfia los representantes de los distintos estados entendieron que una modificación más profunda era necesaria para preservar la Unión. La mera enmienda de los artículos ya no se veía como el procedimiento más adecuado para proveer a tal objetivo. Por tal razón, luego de varios meses de deliberación, debate, análisis crítico y evaluación de las necesidades, se propuso unánimemente la sanción de una nueva constitución. Las aprobaciones estatales —necesarias a tal fin— fueron obtenidas en marzo de 1789, y la aprobación de la carta de derechos —*the Bill of Rights*— tuvo lugar en 1791.

Los debates entre los *framers* acerca del significado de la Constitución manifiestan que ella representa, a la vez, un inalterable balanceo entre el poder de los estados y el del gobierno federal (federalismo), mientras que al mismo tiempo demuestra una devoción rigurosa a un sistema federal supremo sobre los estados, ambos dentro de un marco de pesos y contrapesos entre los poderes federales y con reconocimiento de que la supremacía federal es limitada y enumerada en sus competencias. Ambos objetivos se realizaron con el explícito entendimiento que la preservación del formato federal de gobierno era imprescindible, tanto como lo era la protección de los derechos y libertades civiles con respecto a ambos entes [14].

Si confrontamos el régimen constitucional explicado con el vigente en los ordenamientos de derecho continental europeo, podemos encontrar, como principal diferencia, la inexistencia en el primero de la clásica diferenciación entre el derecho público y el derecho privado —categorías éstas propias de los ordenamientos de tradición legal civil— y la consiguiente inutilidad de ubicar al derecho administrativo en una de dichas esferas.

Por su parte, la fuerza obligatoria de los precedentes judiciales o *stare decisis* —nota propia del sistema norteamericano— ha contribuido a una cierta estabilidad interpretativa y, por ende, a un marco de seguridad jurídica que ha tornado innecesario enmendar la Constitución a fin de adaptar sus normas a las necesidades contemporáneas. Por lo demás, tal reforma es política y estructuralmente ardua, razón por la cual la Carta Fundamental norteamericana ha sido enmendada sólo en veintisiete (27) oportunidades desde su ratificación en 1789 [15]. Esa difi-

[14] Para acceder a varias fuentes de información acerca de los debates constitucionales y la lucha intelectual entre los *federalistas* y los *antifederalistas*, consultar *http://www.yale.edu/lawweb/avalon/debates/debcont.htm* (cortesía de la Yale University).

[15] Aunque varios académicos han descrito el proceso de *judicial review* como uno que en realidad ha enmendado la Constitución obviando las exigencias formales, Bruce Ackerman, por ejemplo, describe estas enmiendas "judiciales" como *constitutional moments*. Es decir, de conformidad con esta postura, a raíz de la evolución interpretativa con respecto a ciertas definiciones normativas, la Constitución tiene hoy un significado diferente del que tenía en el pasado.

cultad presenta un desafío especial a medida que la sociedad va cambiando, desarrollándose, creciendo, y nuevas necesidades de regulación emergen a raíz de la industrialización y las economías de la posindustrialización.

En cuanto a la Constitución de los Estados Unidos, su artículo I deposita el Poder Legislativo en el congreso federal. Si bien sus potestades se encuentran enumeradas (especialmente respecto a los poderes de los estados) y, por ende, limitadas, el Congreso tiene la prerrogativa exclusiva de legislar dentro de su competencia. Por su parte, el artículo II pone en cabeza del Poder Ejecutivo la responsabilidad exclusiva de hacer cumplir fielmente las leyes (*"to see that the laws are faithfully executed"*). Y el artículo III deposita el Poder Judicial en la Corte Suprema y en las demás cortes inferiores que el Congreso decida crear [16].

El Congreso de los Estados Unidos, como único poder constitucional legislativo federal, tiene la facultad de crear agencias o entidades administrativas con el fin de remediar las dificultades sociales o económicas inherentes al progreso. La regulación administrativa de la economía y subsidios sociales tiene un siglo de historia y ha encontrado su causa justificativa en la necesidad de que el gobierno pueda responder ágil y eficazmente a los problemas sociales y económicos.

El principal desafío del derecho administrativo es el diseño de un sistema de control del poder que elimine el riesgo que implica la arbitrariedad de las decisiones administrativas. Es aquí donde cobra relevancia la participación pública que —manifestada de varios modos— brinda las herramientas legales necesarias para controlar y limitar el poder de las agencias administrativas.

III. Marco (limitado) teórico e histórico constitucional

1. Un esbozo de un marco teórico

Desde un punto de vista teórico (en lugar de un punto de vista práctico con respecto a la política moderna), la creación de un estado administrativo puede considerarse una violación al sistema federal de gobierno, que se encuentra constituido sólo por tres poderes expresamente previstos en la Constitución. Desde esta óptica podría incluso sostenerse que el sistema administrativo constituye una

[16] El tercer artículo de la Constitución (article III —el artículo "judicial"—) sólo requiere la creación de una corte suprema con competencia originaria en casos expresamente enumerados y con competencia por vía de apelación en otros supuestos, sin exigir el establecimiento de ninguna otra corte federal. No obstante, inmediatamente después de la ratificación, el Congreso promulgó el primer *Judiciary Act* de 1789, creando varias cortes federales con competencias específicas. Para ver su texto completo, consultar a *http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/democrac/8.htm* (cortesía del Departamento de Estado del gobierno de los Estados Unidos).

ilícita obstrucción a los poderes unitarios del ejecutivo, y más genéricamente, un abandono de los compromisos democráticos hacia la soberanía popular y la responsabilidad pública [17]. Así, en tanto el *administrative state* —también conocido como "cuarto poder" o "cuarta rama del gobierno"— no encuentra expresa consagración en el texto de la Constitución norteamericana, una teoría constitucional inflexible no daría cabida a la atrevida invasión de los tiempos modernos, de las necesidades sociales, de los cambios políticos y económicos, como justificativos para tal reconocimiento.

La definición de la democracia representativa, sin embargo, corre el velo a la hipótesis poco realista de que la voluntad mayoritaria es al mismo tiempo monolítica y conocida. La realidad es que la sociedad norteamericana abarca valores pluralistas, y su política incluye una lucha entre varios grupos con intereses difusos y divergentes, la gran mayoría de los cuales tienen medios escasos que limitan su participación pública ostensiblemente, y por lo tanto su habilidad de modificar o disputar las acciones administrativas [18]. La realidad es que la participación pública reivindica los valores democráticos.

El sistema tripartito del gobierno americano, con sus pesos y contrapesos institucionales, resguardados como son por los límites impuestos por la institución del federalismo, pueden contener las distorsiones que resultan inevitablemente de los intereses difusos pluralistas [19]. Es más, como no existe "la voluntad popular de la mayoría", la cual, si existiera en su forma teórica pura, resultaría en la tiranía de la mayoría, agobiando los intereses de la minoría, la negociación necesaria entre los grupos de intereses diversos para lograr objetivos comunes resulta en un sistema democrático más estable y con una sensibilidad educada y lista a responder apropiadamente (y tal vez utilitariamente) a las necesidades sociales y económicas.

Ahora bien, para la mayoría, los intereses públicos con respecto a las políticas administrativas siguen basados en motivos egoístas. La tensión se agudiza cuando uno contempla el estado administrativo y la intervención ciudadana a través de las cortes. Desde los tiempos de John Stuart Mill, intelectuales, políticos y filósofos han reconocido que la existencia de una burocracia a la cual se le confiere la facultad de determinar las responsabilidades de las tres ramas de gobierno, entra en pugna con el tradicional concepto de democracia [20]. Pero dejemos el tratamiento teórico de este tema para otro momento.

[17] Consultar la página citada en la nota anterior.

[18] Véase, por ejemplo, LUNA, Erik, *Transparent Policing*, 85 Iowa L. Rev. 1107, 1120-23 (2000).

[19] LUNA, E., *Transparent...*, cit.

[20] RUBIN, Edward L., *Getting Past Democracy*, 149 U. Pa. L. Rev. 711, 712 (2001). Para acceso gratis a la mayoría de los "law reviews" de Estados Unidos, véase *http://www.law.arizona.edu/Library/internet/legal-links/general-legal-reference/law-journals.htm* (cortesía de la Universidad de Arizona, James E. Rogers College of Law.

Por el contrario, ciertas teorías de las democracias modernas (v. gr., la democracia deliberativa, participativa o delegativa) brindan fundamentos normativos y descriptivos que justifican la existencia de una rama administrativa, complementaria de un marco constitucional que ni siquiera la menciona [21].

2. *La creación del estado administrativo*

A raíz de la gran depresión económica del año 1930, hubo una proliferación de entes administrativos establecidos con el objeto de estabilizar la economía, controlar los mercados sin regulación y tratar de proveer seguridad económica a los ciudadanos. Dicha burocracia administrativa continuó creciendo durante los tiempos de guerra, tanto para movilizar la esfera laboral como para aumentar la producción industrial y regular precios y suministros escasos.

Durante los años sesenta, la expansión de los derechos civiles, la discriminación social y la pobreza condujeron a que la situación social se transformara en una preocupación nacional urgente, lo que motivó a que el poder legislativo creara varios programas y agencias tendientes a brindar adecuadas soluciones. Por otro lado, los avances tecnológicos dieron lugar a nuevas industrias, que motivaron —asimismo— un mayor crecimiento de la regulación administrativa. También la preocupación nacional en los temas vinculados —entre otros— con la salud, la seguridad y el medio ambiente derivó en el establecimiento de múltiples entes reguladores.

Dicha respuesta legislativa se tradujo —más precisamente— en la creación de nuevos órganos administrativos o en la delegación de nuevos o más amplios poderes a una burocracia ya existente. Así, entre las primeras agencias establecidas, se encuentran la Comisión de Comercio Interestatal y la Comisión de Comercio Federal, siendo el objetivo de su creación la regulación y el control de las conductas anticompetitivas de los monopolios y demás grandes empresas.

Sin perjuicio de los óbices constitucionales que enfrentan los órganos administrativos, la realidad política indica que, en comparación con las cortes federales o los órganos legislativos, aquéllos ofrecen ventajas institucionales que les posibilitan encarar más eficaz y eficientemente los mencionados problemas sociales.

[21] RUBIN, Edward, *Getting...*, cit., p. 749. En líneas generales, la teoría de democracia participativa atiende a los índices de participación del pueblo; mientras que la teoría de la democracia deliberativa se preocupa por la calidad de tal participación. Entre los principales defensores de esta última se encuentran Bruce Ackerman, John S. Dryzek, John Hart Ely, Jürgen Habermas, Cass Sunstein, y otros eminentes académicos (ver RUBIN, E., *Getting...*, cit., nota 105.). Por último, la teoría democrática delegativa está basada en la idea de que el gobierno estadounidense tiene los poderes que el pueblo le ha delegado. Esto es, la soberanía reside en el pueblo y no en el gobierno, siendo éste sólo representante de aquél.

Por otro lado, estos entes abarcan un ámbito político-social muy reducido, lo que les permite responder con mayor rapidez y precisión a los problemas que se presentan. A ello se suma la gran flexibilidad de los procedimientos administrativos y la extensa experiencia de los funcionarios responsables por las obligaciones diarias de la misión de las agencias. Como explica lúcidamente la Dra. Reiriz, "el ejercicio vicario de las potestades del poder público exige, por parte de éste, una suerte de *control y vigilancia* sobre su empleo", el cual no puede ser llevado a cabo de la misma manera por las otras ramas constitucionales. Sería imposible para el Congreso legislar con la exactitud que es necesaria para el adecuado control de los problemas y necesidades públicas, a la vez que sería poco factible que el poder legislativo incorpore el personal necesario para implementar, controlar y adjudicar todos los detalles de cada reglamentación administrativa [22].

Las mentadas ventajas institucionales del estado administrativo pueden —a su vez— implicar amenazas a otros importantes valores gubernamentales. Así, la eficiencia y experiencia que se ostentan como laudables y beneficiosas, pueden devenir en una rigidez e inflexibilidad reguladora no sólo difícil de cambiar, sino también susceptible de fracasar en el cumplimiento de los objetivos administrativos.

Por otro lado, algunos comentaristas sostienen que la flexibilidad que exhiben las agencias administrativas no es más que una máscara para un poder sin límites, sin pesos ni contrapesos. Cabe recordar en este sentido que en el sistema republicano de los Estados Unidos el poder ilimitado siempre ha sido mirado con desconfianza.

Con lo dicho hasta aquí puede advertirse que —como lo ha explicado la profesora Judith Resnik—, en el siglo XXI el aparato administrativo ha superado en número y en capacidad legislativa y cuasi judicial a las tres ramas del Estado. Su presencia es imperiosa a un nivel casi incomprensible [23]. Hoy en día existen más jueces y tribunales administrativos que jueces y cortes judiciales en el nivel federal. La realidad social y gubernamental indica que el sistema administrativo

[22] Por ejemplo, los detalles que son parte de cualquier sistema burocrático pueden llegar a ser tan minuciosos y consumidores que sería imposible llevar a cabo el objetivo legislativo si no fuera por medio de una delegación de poderes amplios. Por ejemplo, los entes administrativos pueden controlar el ejercicio de una profesión por medio de la exigencia de licencias; establecer estándares mínimos de conducta o de manufactura; imponer sanciones por infracciones a un determinado reglamento administrativo; distribuir incentivos, subvenciones, subsidios; imponer precios máximos o mínimos, e, incluso, influir la conducta de las industrias, del pueblo, o del sector privado por medio de un gran arsenal de métodos formales e informales.

[23] Una de las preocupaciones que se manifiestan en el contexto del actual *administrative state* es el problema democrático de responsabilidad política por los procedimientos administrativos, por las decisiones otorgadas por jueces sin protección constitucional y por la intervención política del Poder Ejecutivo en cuanto a las políticas públicas encomendadas.

en su forma actual solo continuará creciendo. Tal vez sean necesarias reformas institucionales y procesales. Pero la esencia de los entes públicos está establecida ya como parte de la estructura gubernamental norteamericana. El país se desintegraría si se considerara la eliminación —o siquiera la disminución— de la cuarta rama de gobierno.

Parte II. La participación pública

En síntesis, la participación pública, ya sea individual —formal o informal— o a través de representantes, constituye un aspecto fundamental en la estructura pública del Estado. En una democracia, las políticas públicas deben reflejar las preferencias de los ciudadanos; sólo de esa manera las decisiones que se tomen irradiarán legitimidad democrática, la cual se considera esencial para la justificación y aprobación de las acciones administrativas.

I. Marco de procedimientos y acceso público

El derecho administrativo contemporáneo contiene como principio fundamental el requerimiento de que el debido proceso demanda la revisión judicial sobre los procedimientos y decisiones administrativas a fin de determinar su constitucionalidad. La Corte Suprema de los Estados Unidos instituyó la revisión judicial, no sólo en casos en los cuales se disputa si una rama del gobierno federal tuvo la autoridad de operar (y en el caso de una agencia administrativa, si la agencia ha actuado *ultra vires*), sino también si incluyó en el proceso de revisión la pregunta acerca de la racionalidad de los procedimientos utilizados por los funcionarios públicos, y la razonabilidad y legitimidad de las decisiones mismas. La intervención judicial a este nivel es solamente uno de los varios mecanismos de control que existen para supervisar la función del poder administrativo.

El respeto del debido proceso adjetivo y la racionalidad en sus decisiones fueron exigencias que se impusieron a las entidades administrativas en la posguerra mundial. Así, entre los principios cuya observación se tornó imperiosa en todo procedimiento administrativo se encuentran los de imparcialidad, debido proceso, precisión en las decisiones, eficiencia, legitimidad y la aprobación pública. Es por ello que el Congreso sancionó el APA [24], que impone requerimientos procedimentales mínimos en el dictado de actos administrativos y reglamentos por los entes administrativos.

Las normas contenidas en el APA tienden —básicamente— a regular tres aspectos: a) los procesos que las agencias deben observar para el dictado de

[24] Federal Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 551, *et seq.*

decisiones administrativas (y "las decisiones" de una agencia administrativa son descritas como "acción administrativa" o *agency action*); b) la revisión judicial (y de menos importancia política) de estas decisiones, y c) los procedimientos especiales tendientes a poner al alcance del público la información que se encuentra en manos del gobierno.

La importancia de caracterizar como administrativa a una determinada acción radica en que ello nos permite —además de describir un proceso— adjudicar importantes consecuencias prácticas para la actuación así definida, traducidas, generalmente, en el reconocimiento de garantías a los particulares. Por ejemplo, la conclusión de que un determinado acto de un ente administrativo es jurídicamente una "acción administrativa" (en el sentido definido por el APA), habilita la competencia de los tribunales judiciales para revisar su legalidad [25]. En este sentido, el APA define como "acción administrativa" a cualquier otorgamiento, denegación, incumplimiento, o falta de acción con respecto a alguna petición presentada [26].

Estas tres competencias —la acción administrativa, la facultad reglamentaria y la decisión de la agencia— son las actividades más controladas de la burocracia administrativa, a raíz de su índole cuasi ejecutiva, cuasi legislativa, y cuasi judicial, respectivamente.

Por otro lado, los recaudos previstos, directa o indirectamente, en el APA con respecto a la participación pública pueden ser de tres tipos. En primer lugar, el APA requiere que ciertos actos administrativos sean publicados, o puestos a disposición de la indagación pública [27]. Así, por medio del *Freedom of Information Act* (FOIA) [28] ("Acta de la Libertad a la Información"), y el *Government in the Sunshine Act* ("El Acta del Gobierno a la Luz del Sol") [29], se brinda a los parti-

[25] 5 U.S.C. § 704 (otorgándole competencia a las cortes federales de primera instancia —*district courts*— para la revisión de las "acciones administrativas". En este marco, estas cortes de primera instancia funcionan como tribunales cortes de apelación).

[26] 5 U.S.C. § 551(11)(c)(13)).

[27] 5 U.S.C. §552(a)(2)(2000).

[28] Pub. L. nro. 89-487, 80 Stat. 250 (1966) (codified as amended at 5 U.S.C. §552. El FOIA abrió ampliamente las puertas de los entes administrativos al público, al poner al alcance de "cualquier persona" que los pida (incluso extranjeros y otros estados gobiernos) todos los documentos del gobierno (incluso aquellos documentos en los cuales un ente administrativo se ha basado para decidir un caso específico, promulgar una regla o incluso los varios estudios realizados por los expertos, retenidos por las agencias especializadas). Están exentos de la regulación aquellos documentos con información privilegiada o protegida por alguna clasificación confidencial ejecutiva con respecto a la protección nacional y otras excepciones legislativas.

[29] Pub. L. nro. 94-409, 90 Stat. 1241 (1976) (codified as amended at 5 U.S.C. §552[b]). Así como el FOIA requiere que las agencias administrativas o cualquier ente gubernamental faciliten a "cualquier persona" que lo pida los documentos no secretos del gobierno, el "Acta del Gobierno a la Luz del Sol" requiere que cualquier comisión o ente administrativo compuesto de dos o más individuos, que convoque a una reunión oficial, lo

culares varios métodos de participación y se habilita el acceso de aquéllos a los procesos jurisdiccionales y a sus razonamientos y justificaciones. A su turno, tal acceso permite que las personas interesadas obtengan la información que consideren necesaria para controlar los antecedentes de los reglamentos dictados y, eventualmente, acudir a los tribunales de justicia a fin de obtener la anulación de una determinada decisión o acción administrativa.

En segundo término, el APA impone varios requerimientos formales a ser observados por el ente administrativo en el ejercicio de las facultades reglamentarias y de los poderes de adjudicación. Así, con carácter previo al dictado de un reglamento, el ente debe publicar —en el *Federal Register*— el respectivo proyecto o, en su caso, una declaración de la materia que la propuesta regla va a abarcar. Transcurrido un razonable lapso para que el público emita comentarios por escrito, éstos son recibidos y considerados por la agencia administrativa, que —acto seguido— publica la versión definitiva del reglamento, junto con una explicación y el objetivo de la regla.

Por su parte —y en lo que hace al dictado de actos de alcance particular—, previo al ejercicio del poder de adjudicación, la agencia debe citar a cualquier persona "interesada", con un aviso con respecto al tema que va a decidir, y debe también emitir la respectiva resolución sobre la base de lo acontecido en la audiencia con el particular.

Por último, el APA otorga a las partes perjudicadas por una decisión administrativa la oportunidad de impugnarla por medio de una petición a una corte federal. Generalmente, el fundamento de la acción judicial radica en la violación de la Constitución o de alguna ley federal, o en algún requerimiento de índole procesal.

II. Ventajas Institucionales de la Participación Pública

La principal ventaja del reseñado sistema de participación pública reside en la mejora del proceso de deliberación y en el consiguiente dictado de reglamentos óptimos. Al mismo tiempo, cualquier sistema que aumenta la efectividad del proceso democrático y adelanta los objetivos que han recibido el imprimátur de un tal proceso, favorece a las necesidades de la sociedad [30]. Por el

---

haga con aviso adelantado, publicado en el *Federal Register*, y permita que el público participe en las deliberaciones de dicho ente o comisión. La ausencia de publicación con esa antelación y la falta de publicación con antelación el hecho de la reunión es una violación a la norma del Sunshine Act y puede ocasionar la anulación de la regla o decisión adoptada en la sesión cerrada.

[30] Ver Duncan (Jr.), John C., *Multicultural Participation in the Public Hearing Process: Some Theoretical, Pragmatical, and Analeptical Considerations*, 24 Colum. J. of Envtl. L. 169, 170 (1999).

contrario, la falta de previsión de participación ciudadana diluye la democracia en varias formas (por ejemplo, la falta de transparencia, la arbitrariedad de las decisiones, la imposibilidad de obtener información justificando reglamentos o actos administrativos, crean un ambiente déspota, el cual es inherentemente inconsistente con los valores democráticos por los cuales los ciudadanos han votado).

Cuando una agencia ignora los intereses del público que van a ser afectados por un determinado reglamento administrativo, los intereses de los ciudadanos se reducen a un nivel burorático peligroso, a la vez que se corre el riesgo de que las decisiones que sobre aquél se adopten sean erróneas o contraindicadas. Dicho positivamente, la inclusión de la participación ciudadana en el procedimiento de toma de la decisión administrativa permite a la respectiva agencia adoptar medidas acertadas que tengan en cuenta los intereses de las personas afectadas por ellas [31].

La participación pública en el procedimiento administrativo de decisión y de legislación enaltece la percepción pública de legitimidad y racionalidad de aquéllos y de las decisiones que en su marco se dictan. Cuando la comunidad participa en los procesos de decisión, entiende la lógica o sensatez de la medida adoptada y, por ende, acepta más fácilmente las resoluciones que para su aplicación deben dictarse.

La principal crítica de que ha sido objeto el estado administrativo radica —más que en la supuesta violación de valores políticos genuinos— en la circunstancia de que el sistema democrático incorpora en su discurso una variedad de sentimientos antiadministrativos, los cuales no pueden justificarse dentro del marco teórico tradicional occidental [32]. Ello es así, debido a que la rama administrativa no se encuentra integrada por representantes elegidos por el pueblo, sino por una enorme cantidad de burócratas elegidos y nombrados —generalmente— por el Presidente (sólo en algunos casos con acuerdo del Senado), especializados en un área bien definida y organizados jerárquicamente. Sin embargo, la citada crítica no tiene en cuenta que, en un sistema republicano constitucional como el de los Estados Unidos, los ciudadanos eligen —mediante el voto— a un número relativamente pequeño de representantes, a los que se les delega el poder de tomar decisiones en nombre del pueblo.

A su vez, dichos representantes suelen delegar a los entes administrativos ciertos limitados poderes, cuyo ejercicio se limita a una restringida materia y a un marco procesal determinado. Planteado el punto desde esta óptica, puede verse en la rama administrativa del gobierno norteamericano una entidad a la cual los ciudadanos han otorgado —si bien indirectamente— una porción de poder. Dentro de este marco analítico, la participación ciudadana en las decisiones de los

[31] DUNCAN, J., *Multicultural...*, cit., p. 186.
[32] DUNCAN, J., *Multicultural...*, cit., p. 714.

entes administrativos por medio de los correspondientes procedimientos incorpora valores democráticos esenciales.

Ahora bien, cuando nos referimos a la participación ciudadana, debemos considerar al menos tres importantes aspectos: 1) el referido al derecho de los ciudadanos de participar en los procedimientos administrativos que pudieran afectar sus intereses [33]; b) la disminución en la eficiencia de dichos procedimientos a causa de la participación ciudadana, y c) el costo de la participación pública [34].

Es decir, desde el punto de vista de la eficiencia y de la economía, las dificultades y los costos que implican la sustanciación de procedimientos en los que encuentren cabida la totalidad de los intereses en juego, sólo sería tolerable si tal participación mejorase la calidad e imparcialidad de los resultados [35]. Al respecto señala Peter Schuck que a pesar de los avances tecnológicos que han facilitado la participación ciudadana y la comunicación, todavía vivimos en un mundo en el cual el costo para un ciudadano de obtener la información necesaria para participar en los procesos políticos y/o administrativos sigue siendo prohibitivo en relación con los beneficios marginales que puede llegar a obtener a causa de esa información [36].

[33] Dentro del margen restringido de esta ponencia, no es posible elucidar las varias formas de participación pública habilitadas por el APA y el *common law*. Dado más tiempo y otro contexto, hubiera sido muy útil explicar los detalles de los procedimientos varios de participación. Por ejemplo, me parece de suma utilidad el exponer el proceso por el cual una agencia establece sus reglas y el impacto que la participación pública tiene en la adopción final de un reglamento. Otros aspectos de participación incluyen el derecho a las audiencias públicas, y el acceso a los documentos emitidos por cualquier ente público, ambos explicados brevemente arriba. Estos dos últimos mecanismos tienen un impacto significativo en la calidad de las decisiones administrativas y una palpable reducción en la arbitrariedad de las decisiones.

[34] Con respecto al costo de la participación, es importantísimo destacar que el gobierno de los Estados Unidos ha facilitado acceso a través de varias leyes federales que permiten la recuperación de costos y de los honorarios del abogado en casos en los cuales el ciudadano prevalece en su acción. Como el Dr. Gauna ha explicado tan lúcidamente en su ponencia, un proyecto de reforma administrativa no puede dejar de tener en cuenta la realidad del costo de acceso a la justicia. En el derecho administrativo americano, una de las leyes más útiles en este contexto es el Equal Access to Justice Act, 5 U.S.C. §504 (1981) ("EAJA"), a través del cual un ciudadano sin medios puede impugnar una decisión administrativa por medio de su abogado, ya que el abogado se asegura sus honorarios si prevalece aunque sea en un solo aspecto de la apelación. Para una elaboración muy útil de este tema, véase VARGO, John F., *The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice*, 42 Am. U. L. Rev. 1567 (1993); KUENZEL, Calvin A., *The Attorney's Fee: Why Not a Cost of Litigation*, 49 Iowa L. Rev. 75 (1963); Comment, *Court Awarded Attorney's Fees and Equal Access to the Courts*, 122 U. Pa. L. Rev. 636 (1974).

[35] STEWART, Richard, *The Reformation of American Administrative Law*, 1975 Harv. L. Rev., citado en SCHUCK, Peter (ed.), *Foundations of Administrative Law* 340 (2004).

[36] SCHUCK, Peter, *Against (And For) Madison: An Essay in Praise of Factions*, 1997 Yale L. & Pol'y Rev., *reprinted in*, FOUNDATIONS, *supra*, at 355.

Por otro lado, la participación generalmente tiene lugar a través de *lobbies*, grupos de presión política u organizaciones de interés público ("*public interest organizations*"). Estos grupos generalmente están organizados sobre la base de específicos intereses comunes —como, por ejemplo, el medio ambiente— y son sufragadas por firmas o empresas cuyos clientes ostentan diversos intereses en diversos aspectos de la regulación administrativa. En otros supuestos son subsidiados o subvencionados por el estado federal o por los estados locales. De modo que esta modalidad de "participación pública" no representa los intereses difusos de la comunidad afectada por las decisiones administrativas. Éste es otro problema por el que se preocupan las teorías democráticas.

En el caso específico de los *lobbies* (si se me permite usar esta palabra), al frente de ellos se suele encontrar abogados que "eligen" el interés que van a representar en nombre de los ciudadanos, sin que exista —de ese modo— un sistema intrínseco que proteja la integridad del proceso o calidad de representación [37].

Varios autores entienden que las políticas públicas robustas dependen, en gran parte, de un libre intercambio de información entre los ciudadanos y los entes estatales. Sostienen que la información no es un mero recurso que habilita y fomenta la participación de la ciudadanía, sino un ingrediente esencial en la construcción de las políticas públicas sociales [38]. Schuck caracteriza este tipo de intercambio esencial como "inteligencia social".

Así, si la Administración tiene interés en instruirse en cuanto a la forma de construir viviendas de bajo costo para los sectores más necesitados de la comunidad, no debería tener en cuenta solamente la información provista por agencias administrativas estatales o federales con competencia en el tema, sino también la proveniente de organizaciones de interés público. El ejemplo dado es válido para cualquier tipo de política pública, sea que se vincule con el medio ambiente, la protección del consumidor, los medios de transportes, la educación, la salud, etc.

Esta breve reseña de algunos de los problemas relacionados con la participación ciudadana en el sistema constitucional norteamericano nos permite concluir que la participación ciudadana es una saludable herramienta para aumentar la responsabilidad, la sensibilidad, la eficacia y el control del aparato administrativo estatal.

Aunque la participación ciudadana en las gestiones administrativas puede llegar a mejorar la parcialidad y el estancamiento de las políticas administrativas, las cuales son inherentes a un sistema de delegaciones legislativas amplias e indefinidas, debemos tener en cuenta los costos de dicha participación. Los costos incluyen reducción en la eficiencia de decisiones, la realidad de la participación pública en el contexto de intereses difusos y la presencia de grupos

[37] Schuck, P., *Against...*, cit., p. 341.
[38] Schuck, P., *Against...*, cit., p. 356.

de intereses públicos, la necesidad de intervención legislativa para habilitar a todos los ciudadanos el acceso a la Justicia por medio de medidas que permitan la recuperación de costos y honorarios, entre otras.

Para que la participación ciudadana en las políticas administrativas sea efectiva, consideraciones de reforma tendrían que tener en cuenta, y tal vez empezar por extractar, los objetivos que un gobierno quiere llegar a concretar por medio de la facilitación de dicha participación. Reconociendo que la participación pública no es, sin más, una panacea con respecto a la transparencia en el gobierno, o una vindicación completa de los intereses afectados por la regulación administrativa, es importante tener en cuenta los beneficios tangibles e intangibles que tanto los ciudadanos como los entes públicos pueden obtener de un sistema más abierto y responsivo a las necesidades sociales y económicas de la vida moderna.

Bibliografía

Cramton, Roger C., *The Why, Where, and How of Broadened Public Participation in the Administrative Process*, 60 Geo. L. J. 525, 1972.

Fox, William F., *Understanding Administrative Law*, 4ª ed., Lexis Publishing, 2000.

Rubin, Edward L., *Getting Past Democracy*, 149 U. Pa. L. Rev. 711, 712, 2001.

Schuck, Peter H., ed., *Foundations of Administrative Law*, Foundation Press, Nueva York, 2004.

Strauss, Peter L., *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y EN EL CONTROL*

por María Graciela Reiriz **

I. Democracias delegativas vs. democracias representativas

— Cacerolazos del 19 y 20 de diciembre de 2001, que precipitaron la caída del gobierno de Fernando de la Rúa.
— Marchas del silencio en respuesta a violaciones de Derechos Humanos, en distintos puntos del país.
— Irrupción, en las vías públicas, de los "cartoneros" y "piqueteros", mostrando una realidad lacerante de marginalidad social.
— Clamor generalizado para que "se vayan todos".

¿Qué ha pasado en la Argentina? Que mientras gran parte del pueblo se mantenía aletargado, dejando todas las iniciativas y acciones en manos de los gobiernos —sean éstos *de facto* o *de iure*— el país se fue hundiendo en la crisis política, económica, jurídica y cultural más grave de su historia.

El despertar fue histérico y se manifestó en una generalizada falta de confianza en la clase política, que es "la expresión más nítida —como señala García de Enterría [1]— de que un pueblo se siente, literalmente, alienado por un poder extraño, que no es capaz de interiorizar o sentir como suyo, y cuya actuación no considera que se realiza en su propio beneficio, sino en el de los propios titulares de la gestión, que han pasado a apropiarse de ésta y de sus fines. Supone, así, la ruptura de la legitimidad del sistema mismo, la más grave, pues, de las deficiencias imaginables de una democracia".

* Con la valiosa colaboración del coordinador del panel, Dr. Rogelio W. Vincenti, especialmente en las tareas de relevamiento normativo y jurisprudencial. El Dr. Vincenti es un excelente alumno de la Carrera de Especialización y se desempeña como ayudante docente de la autora y del Dr. Carlos F. Balbín en el dictado de la asignatura "Organización Administrativa". También agradezco los aportes informativos de las alumnas de la Carrera Dras. Susana Segura y Carolina Graciarena, así como el inestimable aporte de la profesora de la Carrera Dra. María Rosa Cilurzo, respecto de los Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

** Directora de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública.

[1] García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 105.

Este fenómeno ha sido lúcidamente descripto por Guillermo O'Donnell, abogado egresado de esta casa de estudios y doctor en Ciencia Política de la Universidad de Yale, que ejerce la docencia de esta disciplina en la prestigiosa Universidad de Notre Dame (en Indiana, EE.UU.). Señala O'Donnell [2] que no todas las democracias son verdaderamente representativas e institucionalizadas o consolidadas. Pueden caer en la caricatura de las *democracias delegativas*, que se basan en la premisa de que la persona que gana la elección presidencial está autorizada a gobernar como crea conveniente, sólo restringida por la cruda realidad de las relaciones de poder existentes y por la limitación constitucional del término de su mandato [3].

Sin embargo, para que haya representación genuina debe existir *"accountability"*, es decir, alguna manera de hacer responsable al representante por sus acciones ante quienes lo autorizaron a hablar en su nombre. Y que no sea sólo la *vertical* (la rendición de cuentas periódica, ante las urnas, a que están sometidos los gobernantes), que puede darse también en las democracias delegativas, sino la *horizontal*, que opera mediante una red de poderes relativamente autónomos que pueden examinar y cuestionar y, de ser necesario, sancionar actos irregulares cometidos durante el desempeño del mandato. Esta última no existe o es extremadamente débil en las democracias delegativas, puesto que los gobernantes la ven como impedimento para la realización de su misión. "De acuerdo con esta visión, el Congreso, los tribunales y las agencias estatales de control son estorbos interpuestos al apropiado desempeño de las tareas que han sido delegadas al ejecutivo por el electorado. Los esfuerzos del ejecutivo por debilitar estas instituciones, invadir su autoridad legalmente establecida y socavar su prestigio son el lógico corolario de esa visión. Por otro lado, como advirtió Max Weber, las instituciones despojadas de responsabilidad y poder reales tienden a actuar de modos que parecen confirmar las razones aducidas para ese despojo" [4].

Traslademos, el fenómeno recién descripto de la Ciencia Política al Derecho Administrativo. La *"accountability" horizontal* nos enfrenta con dos grandes capítulos de este Derecho: los sistemas de control de la Administración y las formas de participación de los ciudadanos, tanto en la gestión de la Administración como en su contralor.

II. La participación ciudadana en la Constitución Nacional

Nuestra Constitución Nacional no contenía un precepto expreso que garantizara, como principio general, "la participación de todos los ciudadanos en la

[2] O'Donnell, Guillermo, *Contrapuntos - Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, 1ª ed., Paidós, 1997.

[3] O'Donnell, G., *Contrapuntos...*, cit., ps. 293 y ss.

[4] O'Donnell, G., *Contrapuntos...*, cit., ps. 325-326.

vida política, económica, cultural y social", como lo enuncia el art. 9, inc. 2°, del Título Preliminar de la Constitución española de 1978.

Sin embargo, aun antes de la Reforma de 1994, se sostuvo que el derecho a la participación ciudadana tenía sustento constitucional en el art. 33, toda vez que constituye un *derecho implícito* que nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. No puede caber duda de que, del texto del art. 33, se puede inferir que los derechos no enunciados son, al menos, los de naturaleza política enderezados a ampliar los cauces de la participación popular y el derecho republicano a la información de *todos* los actos de gobierno [5].

La Reforma Constitucional vino a darle mucho más sustento, al colocar a los tratados internacionales y a los concordatos por encima de las leyes de la Nación y al reconocer a algunos tratados de Derechos Humanos que enuncia jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). De esta manera, el art. 21.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha pasado a integrar nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional; lo mismo que el art. 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); ambas reconocen a todos los ciudadanos, entre otros derechos, el de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

III. Las Autoridades Independientes

Considero que el avance más significativo que hizo la Reforma Constitucional, para asegurar la *"accountability" horizontal* que caracteriza a las democracias verdaderamente representativas, ha sido el establecimiento de las llamadas Autoridades Administrativas Independientes (AA.II., en adelante), que ejercen funciones de control del poder [6], aunque no hayan sido incorporadas al texto como una categoría jurídica conceptual, sino sólo poniendo de relieve la independencia y autonomía funcional de algunas autoridades y organismos singulares.

Así, en la esfera del Congreso, se han creado dos órganos nuevos: la Auditoría General de la Nación, organismo con autonomía funcional, que asiste técnicamente al Parlamento en su función de control externo del sector público

[5] Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003 ps. 299-300, donde se advierten las diferencias entre el texto del citado art. 33 y el de su fuente (la enmienda IX de la Constitución de EE.UU.) y se concluye que los derechos no enunciados no son exclusivamente los de raíz política.

[6] Gordillo califica al proceso como de "transferencia y fractura del poder como control" (*Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, ps. III 6 y ss.)

nacional (art. 85 CN) y el Defensor del Pueblo, órgano independiente que actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, en la defensa y protección de los derechos humanos y demás situaciones jurídicas tuteladas en la Constitución y en las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración [7].

Ambos órganos autónomos ejercen funciones de control del poder, la función jurídica que se agrega a la tríada clásica de legislación, administración y justicia.

A su vez, en la esfera del Poder Judicial, los nuevos órganos autónomos son el Consejo de la Magistratura (art. 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (art. 115).

La otra gran innovación ha sido el agregado de una IV Sección al Título I de la Segunda Parte de la Constitución, lo que ha significado erigir al Ministerio Público (Fiscal y de la Defensa) en un "órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República" (art. 120).

Los cinco órganos mencionados constituyen verdaderos órganos constitucionales, en la tipología que describe García-Trevijano Fos, para quien no basta que la Constitución los mencione, si no establece, aunque sea en grandes líneas, su integración y competencias [8].

En los cinco casos, la Constitución se ha referido someramente a su estructura y ámbito material de competencias, cuidando poner de relieve su *independencia y autonomía funcional* (remarco estas notas que revisten importancia para solucionar la cuestión de su "constitucionalidad" frente a las atribuciones presidenciales del art. 99, inc. 1°, y las del Jefe de Gabinete, conforme al art. 100, inc. 1°).

Afirmo, también, que encuadran en esta categoría las siguientes autoridades:

— el Banco Central de la República Argentina (art. 75, inc. 6°, CN, y ley 24.144);
— la Comisión Federal de Impuestos, órgano de control y fiscalización de las leyes de coparticipación de impuestos (art. 75, inc. 2°, CN);
— las universidades nacionales (art. 75, inc. 19, CN y Ley de Educación Superior 24.521);
— los entes de regulación y control de servicios públicos (art. 42 CN).

[7] La Ley de Administración Financiera y Control de Gestión 24.156 regula la organización y funciones de la Auditoría General, y la ley 24.284 (modificada por la ley 24.379) rige a la Defensoría del Pueblo.

[8] García Trevijano Fos, José A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, ps. 210-211.

¿Puede considerarse que la mención del art. 42, tercer párrafo de la Constitución Nacional, erige a los entes de control de los servicios públicos en órganos constitucionales? La cláusula dice textualmente: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, *previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*" (énfasis, agregado al original).

Cabe recordar que, bajo el imperio de la Constitución (texto 1853/60), el art. 5° imponía —a las provincias— "asegurar su régimen municipal". Pero ese solo enunciado permitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a) declarar la existencia necesaria de los municipios [9]; b) derivar, de esa existencia necesaria, un régimen de autarquía primero, y de autonomía a partir del caso "Rivademar c/ Municipalidad de Rosario", autonomía ahora consagrada en el art. 123 de la Constitución Nacional [10].

De manera similar, podría interpretarse que la previsión del art. 42 CN da —a los entes de regulación y control de servicios públicos— una existencia necesaria y, de ella, derivar sus facultades y su ámbito de autonomía. Adviértase, además, que la norma constitucional establece un esbozo de organización y de funciones, toda vez que prevé "la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas". Cuando finalmente cumpla el Congreso con el imperativo constitucional de hacer participar a las provincias en estos organismos, no parece que éstos puedan permanecer sometidos a poderes de control jerárquico ni de tutela del Poder Ejecutivo Nacional.

Los entes de regulación y control pueden encuadrarse en una interesante categoría del derecho público contemporáneo, las llamadas administraciones independientes, cuyo régimen jurídico apunta a lograr una gran independencia funcional frente a directrices político-gubernamentales. El principal argumento utilizado para justificar la creación de las AA.II. es la "neutralidad política". Por eso, uno de los primeros autores en lengua española que se ha ocupado de este

[9] *Fallos:* 154: 25. Si bien se reafirma el carácter de "delegación de poderes provinciales" que revisten las municipalidades, al mismo tiempo se las considera "organismos de gobierno" y se las define como "entidades esenciales", en virtud del régimen establecido en el citado art. 5° CN.

[10] "Rivademar, Ángela Martínez Galván de v. Municipalidad de Rosario" (*Fallos:* 312: 326). Señala la Corte, entre los caracteres de los municipios que "mal se avienen con el concepto de autarquía", por ejemplo: a) su origen constitucional, frente al meramente legal de las entidades autárquicas; b) la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia; c) el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33, CCiv. y, especialmente, la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sarsfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos (considerando 8°).

tema, José Manuel Sala Arquer, habla del Estado neutral [11], neutralidad que implica colocar fuera de la contienda política partidista, determinadas funciones administrativas singulares, ya sea por el alto tecnicismo de las prestaciones ("la neutralidad de los expertos") o por la necesidad de salvaguardar así las libertades fundamentales y los derechos humanos. Concretamente, hay que extraer esas funciones, de los órganos del Estado en los que tiene lugar la lucha política. Este argumento se formula, unas veces, ante una situación concreta de corrupción política y, otras, con carácter preventivo, para evitar que se produzcan situaciones de ese tipo. Pero es evidente que este argumento expresa una falta de confianza en la política y los partidos e, indirectamente, en el sistema democrático.

La categoría de las *autorités administratives indépendantes* nació en el derecho francés por una determinación legal. Fue utilizada por primera vez por la ley del 6/1/1978, la cual calificó a la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades (CNIL) como autoridad administrativa independiente (art. 8°). Esta Comisión es una de las piezas maestras del sistema de protección de los derechos y de las libertades frente a los abusos de la informática. Desde sus orígenes, dicha categoría de "autoridades" ha sido asociada a la protección de los derechos de los ciudadanos.

En el derecho español se toma como primera consagración legislativa de las administraciones independientes a la Ley 15, promulgada el 22 de abril de 1980, la cual definió expresamente al Consejo de Seguridad Nuclear *como ente de derecho público independiente de la Administración del Estado* (art. 1°).

Luego del trabajo de Sala Arquer, antes citado, la Doctrina española ha recogido este nuevo fenómeno institucional, tratándolo con renovado interés no exento de cierta preocupación: Parada Vázquez [12], Parejo Alfonso [13], García de Enterría-Fernández [14] y Desdentado Daroca [15] le han dedicado importantes observaciones, así como Betancor Rodríguez su tesis doctoral [16], y María Salvador Martínez, un análisis comparado de las AA.II. en los EE.UU., el Reino Unido,

[11] Sala Arquer, José Manuel, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 42, Civitas, 1984, ps. 401-422.

[12] Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo*, II "Organización y empleo público", 12ª ed., Marcial Pons, Madrid 1998, ps. 273 ss.

[13] Parejo Alfonso, Luciano, "La Administración. Función Pública..." en su obra colectiva *El derecho público en finales del siglo (una perspectiva iberoamericana)*, Fundación BBV, Civitas, Madrid, 1997, ps. 293-297.

[14] García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 9ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 420-423.

[15] Desdentado Daroca, Eva, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 133 y ss.

[16] Betancor Rodríguez, Andrés, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

Alemania, Francia y España [17]. La doctrina coincide en reconocer que existe un déficit de legitimidad democrática de las AA.II., que los franceses pretenden que ha sido reemplazada por la "legitimidad técnica", toda vez que los miembros que las integran son especialistas en la materia que toman todas sus decisiones con objetividad, apoyándose exclusivamente en criterios técnicos y sin ningún tipo de interferencias políticas. Como advierte Betancor Rodríguez, el criterio recién expuesto se funda "en una suerte de consenso social sobre la base de varios prejuicios más o menos reales: que la Administración tradicional es una Administración politizada, que el Gobierno sirve a los intereses del partido político que lo sostiene, y que es posible una técnica políticamente neutral y mejor que la gestión administrativa que es gestión política [18].

Pero mención aparte merece —a criterio de la Doctrina— el caso de las universidades, cuya legitimidad deriva de la participación de todos los miembros de la comunidad universitaria. Por ello, para compensar el déficit de legitimidad democrática se ha propuesto incorporar, en algunas AA.II., a representantes de los ciudadanos afectados por la actividad de la institución. A esas formas de participación orgánica de los sectores interesados me referiré más adelante.

El modelo de AA.II. del derecho comparado que más ha influido en la previsión del art. 42 de la Constitución Nacional es, sin duda, el de las "Agencias" del derecho norteamericano.

La cuestión de la constitucionalidad de las *independent regulatory agencies* o *commissions* de los Estados Unidos, ha sufrido una larga evolución que arranca, en el debate en el seno del Congreso de los EE.UU., al tiempo de crearse la Comisión de Comercio Interestatal (ICC), a través de las objeciones que formulara el diputado Oates (1877):

- Que su existencia y facultades violan un principio esencial de la articulación de los poderes del Estado (el de división de funciones), porque las Agencias tienen atribuido el ejercicio de funciones calificables como *materialmente* judiciales, legislativas y ejecutivas [19].
- Que el régimen de las Agencias suele contar con normas que impiden —al Presidente de EE.UU.— destituir libremente a los miembros de los órganos directivos de las Agencias, salvo acreditación de causales taxativas.

[17] Salvador Martínez, María, *Autoridades independientes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.

[18] Betancor Rodríguez, *Las administraciones*, cit., p. 219 (nota 97).

[19] Oates calificaba la propuesta de creación de la ICC como "absolutamente inconstitucional y nula porque es una mezcla de los poderes legislativo, judicial y, tal vez, ejecutivo en la misma norma" (citado por Moreno Molina, Ángel M., *La administración por agencias en los EE.UU.*, coed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 120).

Con referencia a la acumulación de funciones, la Corte Suprema Federal se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de las funciones reglamentarias de las Agencias (por delegación del Congreso) en la causa "Mistretta vs. United States" (1989) y sobre la jurisdicción primaria que ejercen (doct. "Murray's Lessee" y doct. "Thomas").

Respecto al ejercicio de funciones normativas, el debate se centró en los alcances del principio de la no-delegación, según el cual las potestades delegadas por el pueblo en el Congreso de los Estados Unidos ya no pueden ser objeto de delegación ulterior en órgano diferente. En la actualidad, este principio está prácticamente abandonado y la más categórica manifestación de esta jurisprudencia ha sido la sentencia de la Corte en el caso "Mistretta" (488 US 361, 1989), donde se expresó decididamente en contra de revivir la teoría de la no-delegación. Señaló el juez Blackmun que la aplicación del principio de la no-delegación en la actualidad está informada "por una comprensión práctica de que en nuestra sociedad, crecientemente compleja, repleta con problemas siempre cambiantes y cada vez más técnicos, el Parlamento sencillamente no puede llevar a cabo su tarea sin una capacidad de *delegar poder sometido a amplias directivas generales*".

Más complicado ha sido el proceso de reelaboración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de ejercicio de funciones cuasi-judiciales por parte de las Agencias.

La doctrina constitucional vigente puede resumirse de este modo: el Congreso puede atribuir a las Agencias Administrativas la resolución de cualquier pretensión fundada en un derecho de "naturaleza pública", en la que la Administración es parte afectada e, incluso, sin estar directamente afectada, si el derecho controvertido está íntimamente conectado con una regulación sectorial cuya ejecución está confiada a la Agencia. Además, puede atribuirles la competencia para conocer de derechos privados, surgidos en el tráfico mercantil, si las partes han optado porque la Agencia conozca de aquéllos, siendo, en todo caso, límite de esa posibilidad organizativa el derecho al Jurado que consagra la séptima enmienda de la Constitución, aunque sólo en el caso de controversias sobre derechos "privados".

Pero los más ríspidos exámenes sobre la constitucionalidad de estos entes independientes fueron consecuencia de abiertos conflictos entre una Agencia y el Presidente de los Estados Unidos, en los que éste ejerció su poder para separar a altos funcionarios de las Agencias. Los afectados recurrieron esos actos, sobre bases constitucionales. Son relevantes los siguientes cuatro casos que marcan una evolución de la doctrina del Tribunal:

"Myers v. United States" (1926). El presidente Wilson removió anticipadamente y, sin contar con la intervención del Senado, al Postmaster General (Correo Federal) de Portland (Oregon). No era específicamente una Agencia, pero la doctrina

La Corte declaró que, tratándose de funciones de naturaleza ejecutiva, cualquier restricción del poder del Presidente para remover a los funcionarios es inconstitucional, toda vez que tales agentes actúan por cuenta o en nombre del Presidente. Esta sentencia tuvo una inmediata repercusión negativa en el ámbito doctrinario.

"Humphreys Executor v. U.S." (1935). El Presidente Roosevelt cesó, en 1933, en el cargo, al presidente de la Federal Trade Commission. El funcionario depuesto falleció y su albacea Rathburn entabló demanda por sueldos caídos hasta su muerte. La Corte declaró la constitucionalidad de la norma de creación de la Federal Trade Commission, que impedía el relevo de los directivos, sin acreditarse justa causa.

Esta sentencia generó una viva polémica. Para la mayoría de la Doctrina, las disposiciones que consagran la interdicción de la discrecionalidad en el cese, son constitucionales porque implican un instrumento dirigido a aislar —a determinados funcionarios investidos de poder de formular políticas públicas— del control directo de otros poderes. Garantizan un ámbito de proceso decisorio autónomo, en el que sería ilícita la injerencia del Presidente.

"Wiener vs. U.S." (1958). El Presidente Eisenhower había cesanteado libremente a un miembro de la "War Claims Commission", agencia creada en 1948 para conocer de los reclamos indemnizatorios por daños corporales o patrimoniales inferidos por el enemigo durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte, con un voto de Franckfurter, declaró la invalidez de la remoción sin causa.

"Morrison v. Olson" (1988): remoción del Fiscal especial anticorrupción. El Presidente de la Corte, Rehnquist, señaló que "las disposiciones de la ley reguladora del cese del Fiscal Especial hacen que este caso se parezca más a "Humphrey's Executor" o a "Wiener" que a "Myers".

Schwartz [20] es uno de los más destacados defensores de la independencia de las Agencias, por las funciones que desarrollan y que requieren la ausencia del control presidencial, como mecanismo de garantía frente a la interferencia política. La cuestión continúa abierta y parece que el Tribunal Supremo no está dispuesto, por ahora, a liquidar a las agencias independientes, pese a las opiniones del juez Scalia, en su voto en disidencia en el caso "Freytag" [21].

[20] SCHWARTZ, Bernard, *The New Right and The Constitution. Turning back the legal clock*, North Western University Press, Boston, 1990, ps. 218-221.

[21] "Thomas Freytag v. Commissioner of Internal Revenue Service", 111 Sct, 2631 (1991). En un "obiter", Scalia invitaba a reexaminar la cuestión de la constitucionalidad de las Agencias Independientes, sugiriendo que el Presidente debe tener poder pleno para cesar a cualquier alto cargo de una Agencia.

IV. La independencia de los entes de regulación y control de servicios públicos

Es materia de controversia determinar si los entes de regulación y control de servicios públicos que han sido creados en los marcos regulatorios de nuestro régimen nacional, pueden ser independientes de la Administración Central, como las Agencias de EE.UU.

La Doctrina, en general, estima que no, porque tal independencia violaría el art. 99, inc. 1°) de la Constitución Nacional que declara, al Presidente de la Nación, "responsable político de la Administración General del país" y también el art. 100, inc. 1°), que atribuye al Jefe de Gabinete el ejercicio de la Administración General del país. Ello así, puesto que todos o casi todos esos entes están constituidos como entidades autárquicas, criterio que ha sido convalidado por la Procuración del Tesoro de la Nación en el conocido dictamen del tomo 227:119, aunque en el mismo caso se pronunció recortando las facultades de revisión de las decisiones de los entes reguladores ("el control administrativo o de tutela no alcanza a las cuestiones de naturaleza técnica encomendadas a ellos, en función de su especial idoneidad técnica, salvo supuestos de arbitrariedad"). Así, la ley 24.076 y el dec. 1738/1992 caracterizan al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) como entidad autárquica; al igual que hacen la ley 24.065 y el dec. 1398/1992 con el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE). Incluso un ente interjurisdiccional, como el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), conformado por el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, fue caracterizado como entidad autárquica con capacidad de derecho público y privado por el art. 15 del decreto 999/1992.

Sin embargo, en la medida en que se reconozca que estos entes son órganos constitucionales de existencia necesaria, tal como señalé *supra*, no cabrían tales objeciones y podríamos entonces caracterizarlos como AA.II., toda vez que existiría un mandato expreso del Constituyente en el sentido de colocarlos al margen de los poderes de dirección general del Poder Ejecutivo. Si el Constituyente ha creado un órgano independiente en el ámbito del Congreso —el Defensor del Pueblo— no sujeto a instrucciones de ninguna autoridad (art. 86, CN) y un órgano independiente del Gobierno federal —el Ministerio Público— que actúa "en coordinación con las demás autoridades de la República" (sección IV, art. 120 CN), no veo cómo podría caber objeción constitucional a la existencia de entes de regulación y control de servicios públicos, con una autonomía capaz de asegurarles una gestión objetiva para el logro de los fines consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional. Esos "espacios libres de control gubernamental" (como los definía la doctrina alemana) se ajustarían al principio de que "el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle" [22]. Para ello, ha-

[22] Gordillo, A., *Tratado...*, cit., Cap XV, p. 3.

bría que reformular la caracterización de los entes en las normas que los rigen, como lo hizo en Francia la ley del 6/I/1978 respecto de la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades (CNIL), calificándola de "autoridad administrativa independiente" (art. 8), o como se hizo en España con la ley 15 del 22/4/1980, respecto del Consejo de Seguridad Nuclear ("ente de Derecho Público independiente de la Administración del Estado" art. 10).

Pero, lógicamente, no bastará con que se los declare "independientes" si, a la vez, no concurren los siguientes rasgos que considero determinantes de una "descentralización autonómica":

a) Un alto rango de la norma descentralizadora (la propia Constitución o la ley).
b) Una gran independencia de los órganos directivos, asegurada por la forma de elección, la estabilidad, la remoción no discrecional y la no sujeción a órdenes e instrucciones.
c) La atribución de competencias decisorias (no consultivas), exclusivas o excluyentes (no indistintas), no sujetas a autorizaciones o aprobaciones.
d) El control de legalidad de sus actos y contratos directamente por los órganos judiciales, sin recursos de alzada ante el Poder Ejecutivo.
e) La autarquía económica, asignándole legislativamente recursos genuinos, provenientes de impuestos y tasas que gravan la actividad controlada.

Los entes reguladores del orden nacional no se ajustan actualmente a esos parámetros:

(i) Pese al imperativo constitucional (art. 42), no todos los entes han sido creados por ley. La excepción la constituyen el ENRE (ley 24.065), el ENARGAS (ley 24.076) y la Autoridad Regulatoria Nuclear (ley 24.804), mientras que la gran mayoría nacieron por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Así, v. gr., la Comisión Nacional de Comunicaciones (que suplantó a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, creada por el decreto 660/1996); la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (decreto 660/1996); el Órgano de Control de Concesiones Viales OCCOVI (decretos 1994/1993 y 87/2001), entre otros.

Quiero destacar, en lo que constituye el imperativo de creación por ley formal, que el art. 5° de la ley 25.152 de Convertibilidad Fiscal (luego reformado por el art. 48 de la ley 25.565), establece en términos categóricos: "Toda creación de organismos descentralizados y empresa pública de cualquier naturaleza y fondo fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado nacional, requerirá del dictado de la ley respectiva". Y ello, "con la finalidad de avanzar en el proceso de reforma del Estado nacional y aumentar la eficiencia y calidad de la gestión pública".

Un caso especial es el del ETOSS, cuya forma de privatización estaba prevista en el Anexo de la ley 23.696 y, aunque su organización fue aprobada por

decreto 999/1992, éste fue ratificado por las tres jurisdicciones que lo conforman. La Procuración del Tesoro de la Nación tuvo oportunidad de analizar su naturaleza jurídica en Dictámenes 223:24: a) carácter interjurisdiccional (dos de las jurisdicciones —Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires— no dependen administrativamente de las autoridades federales, ni conforman la Administración nacional), por lo que las partes integrantes del Ente no están vinculadas entre sí por relaciones interadministrativas ni de jerarquía; b) está expresamente excluido el ETOSS del presupuesto nacional y sus recursos provienen de aportes gubernamentales de cada una de las jurisdicciones (ver arts. 7° y 8° del Convenio y arts. 24 inc. a], y 25 inc. a], del Marco Regulatorio), y c) atento su naturaleza interjurisdiccional, fue necesario acudir a un procedimiento convencional a los efectos de determinar el régimen al que se ajustaría, acordándose la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación y que sea el Poder Ejecutivo Nacional la autoridad competente para resolver los recursos de alzada contra las resoluciones del ETOSS (arts. 8° del Convenio y 18 inc. b] del Marco Regulatorio).

(ii) Para asegurar la independencia de los órganos directivos, así como su específica idoneidad técnica y su imparcialidad, es menester que su designación surja de actos complejos (decreto del Poder Ejecutivo Nacional y acuerdo del Congreso) y sea precedida por concursos públicos, procedimiento esencial para dar legitimidad a estas autoridades autónomas. A su vez, esos directivos deben contar con un régimen de estabilidad, que los ponga a cubierto de remociones discrecionales durante la vigencia de su mandato, en la línea de la jurisprudencia reseñada de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. En el caso del ENRE y del ENARGAS, los marcos regulatorios prevén formas de remoción regladas (por justa causa), con comunicación previa a la Comisión Bicameral de Privatizaciones del Congreso [23]. Pero el sistema se desmorona desde que se ha interpretado que el dictamen de la Comisión carece de efectos vinculantes para el Poder Ejecutivo Nacional (cfr. art. 59 de la Ley 24.065).

(iii) Las competencias regulatorias de los entes y sus correspondientes facultades sancionatorias, dentro del marco de la ley respectiva, son propias y específicas de ellos y no sujetas a las condiciones y prohibiciones del art. 76 de la Constitución Nacional en materia de reglamentos delegados, toda vez que el tercer párrafo del art. 42, CN, constituye la norma de habilitación para que el Congreso sancione las leyes de creación de esos organismos y los "apodere" de facultades regulatorias [24], lo que puede hacer en ejercicio de las competencias que la Constitución atribuye al Poder Legislativo en el art. 75, incs. 18 y 19. Hay

[23] En el caso del ENARGAS, la Comisión Bicameral debe expedirse en el término de 30 días. La falla estriba en que, tanto en este supuesto, como en el del ENRE, el silencio de la Comisión se interpreta como "positivo", es decir, autorizante.

[24] GORDILLO, A., *Tratado...*, t. I, cit., XV, ps. 6 a 9 y notas.

ciertamente una delegación legislativa, pero no se trata de la delegación al Poder Ejecutivo para el dictado de reglamentos delegados o de integración, que es el supuesto que prevé el citado art. 76, CN, con las correspondientes limitaciones en cuanto a las materias y plazo.

En este sentido, quiero hacer una breve referencia a la ley 25.790 (BO 22/10/2003) que extiende, hasta el 31 de diciembre de 2004, el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el art. 9° de la ley 25.561. En el segundo párrafo del art. 2° de la ley 25.790 se establece que "las facultades de los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los marcos regulatorios respectivos, podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de lo dispuesto por el art. 9° de la ley 25.561".

Estimo que, de esta norma, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Que no recorta, sino que reafirma, las competencias regulatorias y de control de los servicios públicos que el art. 42, CN, reserva a los nuevos organismos. Ya lo había advertido claramente Alejandro Pérez Hualde [25]: "Los entes reguladores no ejercen el control *contractual* de la prestación; ella compete exclusivamente al ente concedente", y también: "Este control específico lleva a la práctica el carácter de *regularidad* de los servicios públicos, que nada tiene que ver con el control contractual que lleva a cabo la Administración concedente".

Por lo tanto, el segundo párrafo del art. 2° de la ley 25.790 no podría ser interpretada como una "revocación parcial" de la delegación legislativa que el Congreso hizo al sancionar el marco regulatorio del servicio (para aquella Doctrina que así concibe las facultades de los entes de regulación y control de servicios públicos), toda vez que la norma habilitante del art. 42, CN, no implicó "apoderar" a los entes nuevos para ejercer el control contractual de las prestaciones, el que permanece a cargo de las autoridades concedentes, con la posibilidad de la revisión judicial posterior.

b) Si el alcance de las modificaciones a la relación contractual exigieran una reformulación de las *condiciones generales de prestación establecidas en el marco regulatorio del servicio comprendido*, deberá ser el Poder Legislativo el que apruebe esas reformas, atento que es de su órbita competencial (art. 42, CN) [26].

(iv) Otra de las cuestiones muy discutidas, en este momento, es la subsistencia de los recursos de alzada ante el Poder Ejecutivo Nacional respecto de los actos de las AA.II. La cuestión dio origen a ríspidos debates respecto de las Universidades Nacionales, hasta que la Ley de Enseñanza Superior lo suprimió

[25] PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Constitución Nacional y Control de los Servicios Públicos", LL 2001-C-1174.

[26] PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de contratos públicos*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, ps. 113 y ss.

y estableció un recurso judicial directo ante las Cámaras Federales contra las decisiones del Consejo Superior.

Actualmente, el debate se trasladó a los entes de regulación y control de servicios públicos. La Procuración del Tesoro de la Nación, en Dictámenes 227:119 y 228:114 se ha pronunciado en el sentido de que "el control administrativo o de tutela no alcanza a las cuestiones de naturaleza técnica encomendadas exclusivamente a los entes reguladores en función de su especial idoneidad técnica, salvo supuestos de arbitrariedad". El objeto de las decisiones de los entes reguladores será "técnico" cuando se refiera a cuestiones de la ciencia, arte o tecnología propias de la autoridad de que se trate (electricidad, gas, agua, aeropuertos, telecomunicaciones, etc.). En dictámenes posteriores se ha mantenido esta doctrina: así, en el Dictamen A.I. Nº 008, del 1/3/1999, se reiteró esa limitación del recurso de alzada, agregando que "a los fines de una mayor certeza y seguridad jurídicas, resulta legalmente posible y técnicamente conveniente que la antedicha improcedencia de revisión por parte del Poder Ejecutivo sea establecida expresamente por medio de una norma positiva [...] y que tal disposición normativa se adopte por vía de un decreto reglamentario de la ley 19.549".

Existen diversos proyectos presentados en el Congreso, destinados a establecer un régimen general para los entes reguladores y para las audiencias públicas. En el Proyecto de Ley de Concesiones, Licencias y Permisos de Servicios Públicos Nacionales, que promovió en 1998 el Ministerio de Justicia de la Nación, se establece el control judicial exclusivo (art. 107), agregando: "En ningún caso será procedente el recurso de alzada previsto en el dec. 1759/1972, ni el control del art. 99 de dicha norma, ni otro control administrativo previsto en normas actuales o futuras".

En el Proyecto de los diputados Héctor T. Polino, Alfredo Bravo y otros, de Régimen de Entes Reguladores y de Audiencias Públicas, se estatuye sobre la independencia de los entes respecto de la Administración (art. 5°) y su independencia económica (art. 6°); sobre la integración de su directorio, asegurándose el concurso público de antecedentes en audiencia pública, celebrada al efecto de cubrir los cargos (art. 4°). Se niega facultades al Poder Ejecutivo Nacional de intervenir administrativamente los entes, avocarse a sus competencias o dictarles instrucciones (art. 7°). En el art. 8° se establece la improcedencia del recurso de alzada contra los actos u omisiones de los entes, quedando expedita la vía judicial ante la Justicia de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, cuando la ley no hubiere dispuesto un recurso directo ante otra instancia judicial.

En el decreto 311/2003, que crea la "Unidad de Renegociación y Análisis de los Contratos de Servicios Públicos", se prevé —entre sus funciones— la elaboración de un proyecto de Marco Regulatorio General para los servicios públicos correspondientes a la jurisdicción nacional, que contemple las condiciones básicas genéricas para todos los sectores (art. 1°, inc. d).

Es de esperar que el proyecto que se elabore mantenga la tendencia a la consagración legislativa de las notas esenciales que he señalado como características del *status* de AA.II. de los entes de regulación y control de servicios públicos, que el Reformador entrevió con su mención del art. 42 de la Constitución Nacional.

V. El régimen de las reuniones abiertas de los entes reguladores

El Legislador nacional todavía no ha cumplido con uno de los mandatos constitucionales expresos: los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional *deben prever la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas, en los organismos de control.*

Mientras tanto, desde el Ejecutivo ha partido una señal a mi juicio harto significativa: el dictado del decreto 1172, del 3/12/2003 (BO 4/12/2003), que regula el Acceso a la Información Pública, cuyo anexo VIII aprueba el Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, que "han de permitir poner fin a uno de los reductos del secreto que suele encubrir corrupción o arbitrariedad en decisiones que afectan y, frecuentemente, perjudican a los usuarios. La presencia como oyente en la reunión permitirá, a quien esté interesado, conocer las opiniones que cada uno de los miembros del Órgano de Dirección adopta frente a las cuestiones que deben tratarse" (considerando octavo del Decreto).

Destaco las siguientes notas de su régimen:

(i) *La finalidad* de las Reuniones Abiertas es permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios (art. 4°). Quede en claro que no puede confundirse el acceso a la información, ínsito en este procedimiento de "Reuniones Abiertas", con la participación de los sectores interesados en los organismos, a que alude el art. 42, CN. El primero tiene que ver con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno; la segunda se refiere a las técnicas de asociación de sujetos privados a la realización de funciones públicas, de las que me ocuparé *infra* (ver acápite VII del presente trabajo).

(ii) *La legitimación amplísima* para participar de las Reuniones Abiertas está prevista en el art. 7° del Reglamento, que establece: "Puede ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que tenga interés de hacerlo, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, ni interés legítimo", complementada con el *informalismo* que enuncia el art. 9° ("Para presenciar las reuniones de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos no se requiere el cumplimiento de formalidad alguna") y con el *carácter público* de las reuniones, reiterado en el art. 10,

que autoriza la presencia no sólo del público en general, sino también de los medios de comunicación.

(iii) *Las excepciones taxativas a la publicidad de las sesiones: nulidades y responsabilidades*. Como el carácter público y abierto de las reuniones de los Órganos de Dirección de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos es de principio y se presume (arts. 5° y 6°), sólo pueden declararse secretas "cuando una ley o decreto así lo establezca" o cuando se trate de los asuntos que se enuncian taxativamente (art. 13), entre los cuales se indican algunos que, de ordinario, se asocian con la "reserva", tales como los referidos a seguridad, defensa o política exterior (inc. a); la información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario (inc. b); los secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos (inc. c).

Otras de las excepciones enunciadas me parecen irrazonables o francamente ilegítimas, como las de los incisos g) y h), que se refieren a recomendaciones u opiniones previas al dictado de un acto administrativo, por la circunstancia de que no forman parte de un expediente, o a "aspectos relativos exclusivamente a las normas y prácticas internas del Ente Regulador" (sic).

Pese a esas extralimitaciones, el sistema tiene sus válvulas de seguridad en los arts. 14, 15 y 17. Así, toda resolución que declare secreta una reunión puede ser impugnada judicialmente, y si la sentencia deja sin efecto el carácter secreto de la sesión ya realizada, será declarada nula y se debe convocar a una nueva reunión abierta con el mismo objeto. La legitimación para exigir administrativa o judicialmente el cumplimiento de estas normas corresponde a toda persona física o jurídica, pública o privada. Además, cabrá imputar a los órganos de dirección las responsabilidades que pudieran caberles conforme a lo previsto en los Códigos Civil y Penal de la Nación.

Unas palabras finales sobre el mecanismo de las Reuniones Abiertas, cuya filiación con el sistema de las *open meetings* del ordenamiento federal de los Estados Unidos es palmaria.

Entre nosotros, se publicó hace tiempo, en el tomo 10 (año 1998) de la *Revista de Derecho Administrativo*, un trabajo muy encomiable de la infatigable Estela B. Sacristán sobre "Las sesiones públicas (*open meetings*) del Derecho Administrativo norteamericano, como forma de publicidad de la actividad administrativa" [27].

Luego de pasar revista a las normas de la *Administrative Procedure Act* de 1946 (Ley de Procedimiento Administrativo) referidas a las propuestas de reglamentos; a las de la FOIA (Ley de Libertad de Información) de 1966 y a la reforma de 1986, que brindó a los ciudadanos la posibilidad de inspeccionar casi to-

[27] SACRISTÁN, Estela B., "Las sesiones...", cit., ps. 389-434. Se trata de la Tesina elaborada bajo la tutoría de la Dra. Laura Monti de Hitzfelder, en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico (UCA), dirigida por el Dr. Juan Carlos Cassagne.

dos los archivos (*records*); las de la "Ley de Privacidad" de 1974, que creó elaboradas salvaguardas para asegurar la confidencialidad de los archivos que guarda el Gobierno acerca de los particulares, como los de seguridad social. Sacristán se ocupa más exhaustivamente de la llamada *Government in the Sunshine Act* de 1976, literalmente "Ley de Gobierno a la luz del sol", que constituye un verdadero código de transparencia gubernamental y que contempla todo el régimen de las sesiones abiertas al público de las agencias o entes que tengan un órgano de dirección colegiado, de dos o más miembros, la mayoría de los cuales haya sido designado por el Presidente con el acuerdo del Senado, y cualquier subdivisión de aquéllas autorizada para actuar en nombre de la Agencia. La ley establece que cada "segmento" de cada sesión estará abierto al público, salvo que se dé alguna de las diez excepciones que establece, pero que deberán ser interpretadas restrictivamente, pesando sobre la agencia gubernamental la carga de la prueba de la configuración de una excepción [28].

VI. La participación como función legitimadora de la actividad de la Administración

Retomo el tema de la *participación*, ahora desde la perspectiva de su *función legitimadora* de la actividad de la Administración Pública, en la medida en que permita la intervención social en el proceso de determinación del interés público.

Ha sido Giannini quien, al relacionar estrechamente las normas organizativas con la identificación de los intereses públicos que esa organización está destinada a satisfacer, advirtió que, en el Estado de pluralidad de clases, ya no se puede oponer la *heterogeneidad de los intereses privados* librados al principio de la autonomía de la voluntad, a la *homogeneidad de los intereses públicos* (entendidos como intereses de la generalidad, de toda la colectividad estatal) definidos por la ley en sentido formal.

En el Estado plural en que vivimos, "intereses de grupos heterogéneos son unos y otros", calificados como públicos y tutelados por respectivas leyes en sentido formal. De este modo, el mundo de los intereses relativos a los sujetos públicos se presenta con tanta heterogeneidad como los propios del sector privado [29].

Como vías para recomponer aquella ordenación de los intereses públicos que se rompió con la llegada del pluralismo, Giannini menciona a los presupuestos preventivos, los proyectos de coordinación, la institución de órganos colegiados y técnicos de dirección y concertación.

[28] Sacristán, Estela B., "Las sesiones...", cit., ps. 402-406

[29] Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, vol. I (trad. española de Luis Ortega). Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, ps. 129 y ss.

En la línea de búsqueda de una ordenación y determinación del interés público legitimador, Alfonso Pérez Moreno encuentra —en la crisis o quiebra de la complitud de la ley— una de las causas esenciales de la formulación del principio de participación administrativa [30]. Es que, en el esquema clásico, "la suficiencia ordenadora de la ley permitía defender una Administración autocrática, distante y preservada del asalto de grupos y del tráfico de influencias, sólo vinculada a las determinaciones de la voluntad popular expresada cumplidamente en la ley. Pero, cabalmente, la quiebra de la complitud de la ley modifica la premisa de aquella construcción [...] La decadencia de la ley se muestra técnicamente, también, como una impotencia del instrumento para soportar la alta presión a que le somete la compleja función que se le atribuye, con el advenimiento del Estado social. El ordenamiento jurídico-administrativo reduce en este contexto su potencialidad tipificadora" [31].

La crisis de la ley —según Pérez Moreno— se manifiesta en una ausencia de ley o en una ley inacabada; esta última, en el sentido de que tiene reducido su alcance tipificador de la actividad administrativa habilitada, lo cual puede originarse por: a) imperfección técnica; b) por conveniencia; c) por necesidad.

Me detengo en los dos últimos supuestos: la incomplitud por conveniencia, se refleja en la utilización de la atribución de potestades discrecionales, cuando el legislador habilita, a la Administración, para decidir lo que, "en una concreta circunstancia, será más garantizador del resultado de una *buena administración*".

En cambio, la incomplitud por necesidad, habilita la toma de decisiones administrativas en el marco de las potestades regladas, pero en las que el administrador está obligado a comprobar objetivamente:

- un factor determinante, sea técnico, económico, cultural, social, ético, etc. Son los *conceptos jurídicos indeterminados*, institucionalmente diferenciados de la discrecionalidad, que actúan como elementos reglados donde la norma remite a una realidad objetivamente verificable en cada momento;
- o un conjunto complejo de circunstancias reales de la vida colectiva que, aun no estando completamente descripto en el lenguaje de la ley, cuenta ésta con su existencia para desplegar sus consecuencias jurídicas, y cuya apreciación requiere juicios de oportunidad y estimación de reglas de proporcionalidad.

Sobre estas bases, Pérez Moreno enuncia "el criterio sustancial de la proporcionalidad en la ordenación de la participación", como máxima para el le-

[30] PÉREZ MORENO, Alfonso, "Crisis de la participación administrativa", *Revista de Administración Pública*, nro. 119, mayo-agosto 1989, Madrid, ps. 91 y ss.

[31] PÉREZ MORENO, A., "Crisis...", cit., p. 118.

gislador, como guía legitimadora para la acción administrativa y como perspectiva para el control jurisdiccional, en estos términos: "*Que en todo asunto en el que deba elaborarse una decisión administrativa, previa comprobación de elementos fácticos indeterminados, mediante indagación sobre tendencias, necesidades o preferencias sociales, o antecedido por una estimación determinante de las circunstancias personales o sociales existentes al tiempo en que han de ser aplicadas las normas,* se abra una posibilidad gradual de eficaz participación de las personas, grupos o comunidades que han de resultar afectadas por la decisión" [32].

Más de una década antes, en 1976, en plena transición política y poco antes de la sanción de la nueva Constitución española, Alejandro Nieto, nuestro ilustre expositor invitado y entrañable amigo, publicó un memorable artículo que tituló "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo" [33], vocación que consiste en *asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales.* Para lograrlo, "uno de los instrumentos fundamentales e imprescindibles para tal fin ha de ser el reconocimiento de la existencia de las colectividades interesadas y de su capacidad para actuar en todos los terrenos: en el de la autodefensa, en el de la autogestión y en el de la participación y control de las decisiones de las organizaciones que asuman la realización de tales fines".

Paralelamente —agrega—, hay que "romper el monopolio interpretativo de lo que es interés público, en cuya definición deben participar de alguna manera hábil los ciudadanos" y "romper con la idea de que el interés público es independiente de los intereses individuales y colectivos: por así decirlo, el interés público (y los mecanismos montados para su realización) está al servicio de los ciudadanos, y no a la inversa. Mientras se considere que éstos son meros destinatarios del mismo, obligados sólo a tolerarlo (cuando no a padecerlo) será ilusorio pensar que pueden identificarse con el mismo" [34].

Al año siguiente, Santiago Muñoz Machado expresa una tesis semejante en un artículo publicado en la misma RAP, con el título de "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración", donde sostiene que "por lo que a la Administración Pública respecta, lo más sustancial del cambio es que se la priva del monopolio de la definición del interés público". Pero también advertía, con cita de García de Enterría, que: "No es que con la participación se vaya a sustituir o eliminar totalmente la decisión soberana e irresistible que está encomendada a la ley, sino que el ciudadano que, en defini-

[32] Pérez Moreno, A., "Crisis...", cit., ps. 126-127 (énfasis, agregado al texto).

[33] Nieto, Alejandro, "La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", RAP, nro. 76, año 1976, Madrid; forma parte de *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, ps. 31 a 51.

[34] Nieto, A., "La vocación...", cit., ps. 48-49.

tiva, es depositario del derecho originario de la soberanía, ya no está dispuesto a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando las decisiones se resuelven en puros criterios de oportunidad" [35].

VII. Formas de participación

1. Introducción

Antes de referirme a las diversas formas o cauces de participación que prevé el ordenamiento jurídico argentino, es menester que haga algunas observaciones preliminares:

a) Por los límites del presente trabajo, no me voy a referir a las formas políticas de participación ciudadana, sean éstas de democracia representativa o directa, sin dejar de señalar que, a través de esos canales, se participa indudablemente en la gestión administrativa y en el control.
b) Tampoco me voy a ocupar de la participación que supone la defensa de los propios derechos subjetivos e intereses legítimos en el procedimiento y en el proceso administrativos.
c) No me ocuparé de la participación ciudadana en el procedimiento de selección de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Procurador General y Defensor General de la Nación (decretos 222/2003 y 588/2003, del Poder Ejecutivo Nacional), de enorme actualidad en nuestro medio, pero que excede de la temática asignada a este panel.
d) Voy a centrarme en la participación del ciudadano, como miembro de la comunidad, como simple afectado por el interés general o, como dicen García de Enterría y Fernández, *uti cives* y no *uti singulus* [36], con un *status* derivado de su simple condición ciudadana o de círculos de interés más estrictos pero siempre genéricos (vecino, usuario, profesional, experto, comerciante, etc.), es decir, en ejercicio de derechos de incidencia colectiva o de intereses difusos (actualmente reconocidos y tutelados en los arts. 41 y 43 CN), o aún de intereses simples, que sólo permiten hacer denuncias ante la Administración y el Defensor del Pueblo sobre acciones u omisiones que estimen ilegítimas. Y esto es también una forma de participación en el control.

[35] Muñoz Machado, Santiago, "Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración", RAP nro. 84, Madrid, 1997, ps. 519/535.
[36] García de Enterría, E. - Fernández, T. R., *Curso...*, t. II, cit., ps. 82 y ss.

A los efectos puramente expositivos, voy a ceñirme a alguna clasificación de esas formas o cauces de participación. En un excelente trabajo publicado hace años, los Dres. Alejandro J. Uslenghi y Walter O. Gatti [37] distinguen dos técnicas: a) la *participación orgánica*, en la cual la intervención se canaliza a través de formas permanentes e institucionalizadas de actuación en el interior de la estructura orgánica de la Administración; b) la *participación procedimental*, que se caracteriza por la intervención del ciudadano manteniendo su separación estructural del aparato administrativo, pero que participa ocasionalmente en distintas fases de la actuación administrativa decisoria.

No voy a utilizar el concepto de "participación procedimental" para los supuestos que abarcan los autores (la iniciativa, la información pública y las audiencias públicas), toda vez que en nuestro país está arraigada la utilización de esa expresión para la participación en el procedimiento administrativo, en la defensa de los propios derechos subjetivos o intereses legítimos de quien interviene.

Sin perjuicio de dejar sentado que no se trata de una objeción dogmática, prefiero seguir la clasificación de García de Enterría y Fernández, quienes distinguen tres círculos de actuación ciudadana sobre las funciones administrativas:

- *La actuación o participación orgánica*, en la que el ciudadano se incorpora a órganos estrictamente tales de la Administración.
- *La actuación funcional*, en la que el ciudadano actúa funciones administrativas desde su propia posición privada, sin incorporarse a un órgano administrativo formal.
- *La actuación cooperativa*, en que el administrado, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada el interés general en un sentido específico que la Administración propugna.

Dentro de algunos de estos círculos, haré remisiones a las categorías definidas por Santamaría Pastor [38].

2. La participación orgánica

2.1. En corporaciones públicas no estatales. Incluyo en esta categoría la participación de los ciudadanos en Corporaciones Públicas no Estatales, modalidad que Santamaría Pastor califica de "autoadministración corporativa". La

[37] Uslenghi, Alejandro - Gatti, Walter O.,"Aportes para una teoría de la participación administrativa", *Revista del Régimen de la Administración Pública*, nro. 162, 1992, ps. 41-55.

[38] Santamaría Pastor, Juan A., *Principios de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 1990, ps. 405 y ss.

incluyo pese a que las corporaciones no forman parte de la Administración, sino que se trata de una modalidad de delegación o atribución de potestades públicas a una organización de base asociativa, a la que el Estado le encomienda ciertas funciones de regulación, disciplina y fomento de la actividad de los asociados, que son integrados compulsivamente. El carácter público de su personalidad se asienta sobre estos criterios:

- *Creación del ente por ley*: Cuando el Legislador identifica un interés, lo califica como público y lo encarna en una figura subjetiva del ordenamiento —a la que crea para atender dicho interés—, el ente es normalmente de régimen público [39].
- *Fin público*: Para Zanobini [40] sería el criterio decisivo, porque se trata de entes que tienen por objeto un fin que es propio también del Estado y actúan, al perseguirlo, en interés del Estado, además de hacerlo en interés propio.
- *Prerrogativas de Poder Público*: No usuales en las personas privadas, salvo en el supuesto de concesionarios de servicios públicos, que las ejercen por delegación del concedente. El ejercicio de este tipo de potestades (v. gr., imponer tributos, tasas, expropiar, asociar compulsivamente a los miembros de la profesión de que se trate y ejercer poder disciplinario sobre ellos) es un rasgo altamente caracterizante de la naturaleza pública del ente.
- *Controles por parte del Estado*: Es cierto que hay entidades privadas que, por la índole de sus actividades, están sometidas a severos controles estatales (v. gr. bancos, bolsas y mercados de valores, compañías de seguros). Pero cuando el Estado ejerce controles intensos o medios (v. gr. revisión de los actos por recursos, autorización o aprobación de determinados actos fundamentales, intervención, etc.) puede afirmarse que la entidad controlada es pública.

Como bien advierte Gordillo [41] —con cita de Rivero [42]—, ningún criterio resulta por sí solo determinante, pero si del examen global del estatuto aparece la convergencia de varios de ellos, puede concluirse en el carácter público del ente.

Podemos destacar, además, que los cuatro criterios diferenciadores que hemos enunciado se justifican recíprocamente: cuando el legislador identifica un

[39] Giannini, M. S., *Derecho...*, cit., p. 133.

[40] Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, t. I (trad. por Héctor Masnatta de la 5ª ed.), Arazú, Buenos Aires, 1954, ps. 157-165.

[41] Gordillo, A. A., *Tratado...*, cit., cap. XIV, 8-9.

[42] Rivero, Jean, *Droit Administratif*, 4ª ed., Dalloz, París, 1970, ps. 424-425.

interés público y *crea* el ente para satisfacer ese fin de interés general, lo dota de ciertas *prerrogativas de poder público*, para asegurar que el ente pueda cumplir con las finalidades de su creación. Y el ejercicio vicario de las potestades del poder público exige, por parte de éste, una suerte de *control y vigilancia* sobre su empleo.

Pertenecen a esta categoría las corporaciones o colegios públicos profesionales (de abogados, médicos, ingenieros, contadores, etc.), con asociación compulsiva establecida por ley, con control de la matrícula profesional respectiva y poder disciplinario sobre sus miembros, lo mismo que los sindicatos, cooperativas y cámaras comerciales o industriales, cuando han sido creados con facultades similares de poder público.

En síntesis: estamos ante un supuesto de participación orgánica pero no por incorporación a órganos de la Administración *stricto sensu*, sino a entes públicos no estatales que realizan, como parte de su actividad, funciones administrativas [43].

En el derecho público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los entes públicos no estatales se encuentran expresamente calificados como *autoridades administrativas* en el art. 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos y en el art. 1° del Código Contencioso-Administrativo y Tributario [44].

2.2. En órganos de la Administración centralizada o descentralizada. Esta forma de participación, en la Administración Pública *stricto sensu*, "aunque recuerde analógicamente algunos aspectos del modelo corporativo —advierten García de Enterría y Fernández [45]— no convierte a la Administración en que se introduce en una corporación estrictamente tal; los ciudadanos colaboran en la organización y el funcionamiento de la Administración, pero no constituyen la Administración entera, ni aun, normalmente, la parte predominante en su actuación; no sostienen económicamente al ente, el cual no se hace cosa propia y exclusiva de ellos, sino que sirve a intereses más generales".

Los mismos autores intentan una categorización de las múltiples y variadas formas de este tipo de participación, operando dos pares de distinciones:

- Participación en órganos colegiados de decisión y participación en órganos auxiliares de asesoramiento y consulta.
- Participación por representación de intereses y participación de expertos.

[43] Sobre la no estatalidad de las corporaciones profesionales, ver HUTCHINSON, Tomás. *Las corporaciones profesionales*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, ps. 36 y ss.

[44] AMMIRATO, Aurelio - SCHEIBLER, Guillermo M. - TRÍPOLI, Pablo, "Ley 104 de Acceso a la Información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", LL 2003-F-294 (nota 10).

[45] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, t. II, cit., p. 87.

2.2.1. En órganos colegiados de decisión: El ejemplo más próximo a nosotros es el gobierno de las universidades nacionales que, a partir de los principios de la Reforma Universitaria de 1918 se ha estructurado en base a la conformación tripartita de los Consejos Superiores y de los Consejos Directivos de las distintas Facultades, por integración de representantes del claustro docente, de los estudiantes y de los graduados.

El art. 53 de la Ley de Educación Superior 24.521 regula la integración de los órganos colegiados de gobierno de las universidades y establece estándares mínimos que deben ser respetados por las distintas casas de estudios, entre los cuales cabría alguna representación del personal no docente, es decir, el llamado "gobierno cuatripartito".

Sin embargo, atento que la autonomía y autarquía universitarias tienen jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 19) y, más allá de los vaivenes que mostró la jurisprudencia de la Corte Suprema en el delineamiento de sus alcances [46], me parece un criterio coherente con la ortodoxia autonomista el que fundó el voto en disidencia del Dr. Fayt en la causa "Ministerio de Cultura y Educación v. Universidad Nacional de Luján" (sentencia del 27 de mayo de 1999) [47], al sostener que correspondía "declarar la inconstitucionalidad de las previsiones legales que establecen detalladamente la forma en que los estatutos deben disponer la composición de los órganos de gobierno y control interno. Ello es así pues —más allá de que las previsiones de la ley (se refiere a la 24.521) puedan responder a nobles objetivos, tales como asegurar la transparencia del sistema, la integración democrática y plural de los órganos de gobierno en un régimen de autonomía— la regulación de estos aspectos corresponde al ente autónomo sin perjuicio de su cuestionamiento por la vía y forma que corresponde". Pero la consideración especial de esta cuestión excede los límites del tema que abordo en este panel.

Otro ejemplo de este modo de participación en órganos de decisión está dado en el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), cuya ley orgánica 21.680 estableció un Consejo Directivo integrado por diez (10) miembros designados por el Poder Ejecutivo Nacional (art. 6°). De ellos, el presidente, el vice, y un vocal representan a la Cartera de Agricultura y Ganadería y el resto a los sectores interesados: cinco (5) representan a los productores agropecuarios, propuestos en ternas que elevarán las autoridades agropecuarias que se citan, uno (1) a las Facultades de Agronomía y uno (1) a las de Veterinaria. Deberán tener reconocida versación y notoria experiencia en materia agropecuaria y poseer como mínimo cinco (5) de ellos, títulos de ingeniero agrónomo o médico veterinario.

El caso del Consejo Directivo del INTA nos muestra las dos modalidades de incorporación de particulares a la Administración: una se ciñe al principio de

[46] *Fallos:* 314: 570; 316: 1723; 319: 562 y 3148; 322: 842.
[47] *Fallos:* 322: 842.

representación de intereses, ya sea que se trate de partidos políticos (ejemplo: el art. 85 de la CN estatuye que el presidente de la Auditoría General de la Nación será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso); o de sectores productivos (como en este ejemplo de los productores agropecuarios); o de asociaciones de consumidores y usuarios; o de asociaciones ecologistas, sindicales o patronales.

La otra modalidad es la de incorporar personas privadas en razón de su *competencia técnica o profesional específica*, como se da en el mismo caso del INTA, con los representantes de las Facultades de Agronomía y de Veterinaria.

También puede mencionarse a la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU), que regula la Ley de Educación Superior 24.521 como organismo descentralizado, que funciona en jurisdicción del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y cuyas funciones se enuncian en el art. 46.

El art. 47 de la ley 24.521 establece que la CONEAU estará integrada por doce miembros de reconocida jerarquía académica y científica, con experiencia en la gestión universitaria. Ejercen sus funciones a título personal, con independencia de criterio y sin asumir la representación de ninguna institución. Los miembros de la CONEAU son designados por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta de los siguientes organismos y en la cantidad que en cada caso se indica: tres (3) por el Consejo Interuniversitario Nacional; uno (1) por el Consejo de Rectores de Universidades Privadas; uno (1) por la Academia Nacional de Educación; tres (3) por el Senado de la Nación; tres (3) por la Cámara de Diputados de la Nación, y uno (1) por el Ministerio de Educación de la Nación. Sus miembros son designados por cuatro años, con renovación parcial cada dos. Su presidencia y vicepresidencia son ejercidas por dos de sus miembros que son elegidos por mayoría durante un año.

Finalmente, pongo también el ejemplo del Banco de la Nación Argentina (ley 21.799 con sus modificaciones), cuyo gobierno está a cargo de un directorio compuesto por un presidente, un vicepresidente y diez directores, todos los cuales deberán ser argentinos nativos o por opción con no menos de diez años de ejercicio de la ciudadanía (art. 9°).

Los directores son designados por el Poder Ejecutivo Nacional y deberán representar equilibradamente los distintos sectores, actividades y regiones que configuran el quehacer económico nacional. Durarán cuatro años en sus funciones y podrán ser nuevamente designados.

En el supuesto específico de los Entes de Regulación y Control de Servicios Públicos, a los que antes me referí, donde no se ha cumplido aún con el mandato constitucional de hacer participar a las asociaciones de consumidores y usuarios, ya he adelantado mi opinión sobre la participación que impone el art. 42 que, a mi modo de ver, es la incorporación de los representantes de las asociaciones de usuarios a los órganos de dirección de los Entes Reguladores, opi-

nión que, por otra parte, he venido manifestando desde el mismo año de las sanción de la Reforma Constitucional [48].

No se me escapan todas las dificultades que importa la técnica de *representación de intereses* que, como bien lo advierten García de Enterría y Fernández, no es una representación política, ni tampoco una representación de voluntad (mandato), sino que se trata de asegurar una conexión entre la actividad del llamado representante con las necesidades, las exigencias, los intereses de otras personas o grupos de personas. Tiene de común con la verdadera representación el cuidado de intereses de otro, pero aquí ese otro no está personalizado (y si estuviera organizado en corporaciones, no es el interés subjetivo de éstas el relevante, sino los propios intereses sectoriales a los que la corporación sirve), ni intenta tampoco apropiarse de ninguna organización o aparato; se trata sólo de asegurar la "adherencia de la actividad del agente a los intereses que debe servir" (Miele), como intérprete o valedor de los mismos, lo cual se asegura por la extracción de dicho agente de ese grupo social y por la asignación de ese oficio, extracción que puede ser electiva, o a través de designaciones de los grupos ya organizados (lo normal en el caso de que la representación se canalice a través de asociaciones, sindicatos, cámaras, colegios) [49].

La nota realista, la advertencia lúcida sobre los peligros que importa esta técnica de participación, la ha dado —¡cuándo no!— Alejandro Nieto [50] en estos términos: "La *integración externa* se cubre con una llamada a la participación ciudadana [...] pero la realidad nos demuestra que de ordinario sirve como portillo de acceso a intereses particulares, que de esta manera consiguen influir, cuando no dominan en las decisiones que afectan a los intereses públicos. Los grupos mejor organizados, los más poderosos o los que cuentan con la benevolencia del Gobierno se introducen en la Administración por las rendijas participativas, sacando ventaja a quienes no pueden hacer uso de esta posibilidad, que son la inmensa mayoría".

Creo que esos problemas no se resuelven obturando los canales de participación social, sino perfeccionando paralelamente los mecanismos de la participación política. El dilema entre "¿mayor participación o participación sustitutiva?" ya lo había planteado Gordillo en una obra pionera en esta materia en nuestro país [51] cuando afirmaba: "Estimamos que la cuestión no reside en crear un

[48] "Los marcos regulatorios de los servicios públicos", conferencia pronunciada el 17 de noviembre de 1994, en el "Seminario sobre Regulación de los servicios públicos privatizados", en homenaje al Dr. Manuel Ma. Diez, organizado por la Facultad de Derecho de la UBA y la AADA.

[49] García de Enterría, E. - Fernández, T. R., *Curso...*, t. II, cit., ps. 88-89.

[50] Nieto, Alejandro, *La organización del desgobierno*, 1ª reimp., Ariel SA, Barcelona, junio de 1990, ps. 66 y ss.

[51] Gordillo, Agustín A., *Planificación, participación y libertad, en el proceso de cambio*, Macchi, Buenos Aires, 1973, ps. 172-174.

sistema de participación que deba *sustituir* a la democracia representativa, sino en revitalizar a ésta y en idear las formas y cauces que permitan corregir sus deficiencias y aportar al sistema político la dosis de real participación de la que en buena medida carece".

Entonces, en lo que hace a la incorporación de los representantes de las asociaciones de usuarios a los órganos de dirección de los Entes Reguladores, habría que adoptar diversos recaudos, que van desde el aseguramiento de una representación genuina (normas de transparencia en materia de elecciones en el seno de las asociaciones) hasta la cantidad de miembros en el directorio, que sea minoritaria pero igualmente significativa en el proceso de toma de decisiones. Luego comenzarían a operar los mecanismos de la participación política y los propios de la democracia representativa. Entre los primeros me parece importante el que analizamos *supra*, esto es, la Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores, para que la ciudadanía pueda monitorear el comportamiento de los representantes sociales en las sesiones en que los órganos directivos adoptan las decisiones que afectan su calidad de usuarios y consumidores.

En cuanto a los propios de la democracia representativa, el Congreso no debe declinar sus responsabilidades en el control (v. gr., a través de la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones), participando en los procesos de remoción reglada de los directivos del ente y, para casos extremos, decidiendo la intervención del organismo (la que nunca puede ser decretada por el Ejecutivo, salvo que se trate de una iniciativa suya que el Congreso consagre legislativamente).

Además, juegan los mecanismos de control independientes, como el que ejerce el Defensor del Pueblo de la Nación, en el ámbito de la competencia que le asigna el art. 86 de la Constitución Nacional y su Ley Orgánica, y la Auditoría General de la Nación (art. 85, CN) desde el control externo, junto a la Sindicatura General de la Nación (conf. art. 98 de la ley 24.156).

2.2.2. *En órganos de propuesta, asesoramiento o control.* Son los más numerosos y precedieron temporalmente al que acabo de considerar, puesto que, en este caso, ni las asociaciones de intereses ni los expertos convocados obligan con sus pareceres a los órganos decisores de las Administraciones. En algunos supuestos, el dictamen es obligatorio (en cuanto el procedimiento obliga a pedirlo), pero no es vinculante (aunque el órgano activo deba fundar los motivos de su apartamiento), como se da en el caso de la integración de expertos para conformar los Tribunales o Jurados de concursos universitarios.

De similares características son los Comités de Selección de Cargos con Funciones Ejecutivas (SINAPA), como los que me tocó integrar —en calidad de experta externa— en el Ministerio de Economía, en dos oportunidades (Resoluciones conjuntas del Ministerio de Economía y de la Secretaría de la Función

Pública en 1991 y en 1993) y en el Ministerio de Justicia, también en 1993. Sus dictámenes son obligatorios, pero no vinculantes.

Es muy frecuente la constitución de órganos consultivos, con la integración de los representantes de intereses sectoriales. Así, la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, tiene un Consejo Consultivo formado por representantes de las asociaciones de usuarios y consumidores.

El Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) cuenta con una Comisión de Usuarios que recibe fondos del ente para desarrollar su labor de defensa de los usuarios frente al concesionario y es consultada en forma permanente por el directorio. Se constituyó en 1999, por decisión del directorio del ETOSS, para institucionalizar la participación de las organizaciones de consumidores y de usuarios de servicios públicos, en el marco de lo previsto por el art. 42° de la Constitución Nacional. Integra la Comisión Ejecutiva del Programa Tarifa Social. La Comisión de Usuarios del ETOSS está conformada por las siguientes organizaciones: Adelco, Proconsumer, Asociación Vecinal Manuel Belgrano, Unión de Usuarios y Consumidores, Adecua, Consumidores Argentinos, Cruzada Cívica, Consumidores Libres, Uca, Deuco, Acucc, Cec, Duc, Procurar y Cecuc.

3. La participación funcional

García de Enterría y Fernández [52] caracterizan esta participación ciudadana desde afuera del aparato administrativo, aunque ejercitando funciones materialmente públicas y que, como tales, auxilian o colaboran en el desarrollo de las tareas de la Administración.

Aunque me aparto de los supuestos que los autores incluyen en esta modalidad, pienso que desde la perspectiva del Derecho argentino podemos incluir lo siguiente:

- Participación en sistemas de informaciones públicas y, particularmente, en audiencias públicas.
- Elaboración participada de normas, donde incluyo los documentos de consulta, la elaboración de pliegos de contrataciones y los presupuestos participativos.

3.1. El acceso a la información pública. Constituye el prerrequisito de toda forma de participación del ciudadano en el quehacer estatal.

[52] García de Enterría, E. - Fernández, T. R., *Curso...*, t. II, cit., ps. 90-91.

Sebastián Alanis [53] se refiere a la raigambre constitucional del derecho de acceso a la información pública, como corolario del principio republicano del art. 1°, de los derechos implícitos del art. 33 y de los tratados con jerarquía constitucional, fundándolo en los arts. 19.2 y 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los arts. 13.1 y 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Si bien estas normas consagran la libertad de expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 5/1985, señaló que "la libertad de expresión posee dos dimensiones: requiere, por un lado, que nadie sea menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un *derecho colectivo a recibir cualquier información* y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (énfasis en el texto).

El decreto 1172/2003 contiene, en el Anexo VII, el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional. Su fuente más directa es la ley 104 de "Acceso a la Información", de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 19/11/1998, sobre la base del proyecto de los entonces diputados de la Ciudad Marta Oyhanarte y Aníbal Ibarra y, en el derecho comparado, la FOIA "Ley de Libertad de Información" de 1966, reformada en 1986, del ordenamiento federal de los Estados Unidos.

El carácter reglamentario de esta normativa del decreto 1172/2003 explica que su ámbito de aplicación sea más restringido que el de la ley 104. El primero alcanza a los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y cualquier otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, aunque el segundo párrafo del art. 2° lo extiende a las empresas privadas prestadoras de servicios públicos o explotadoras de bienes de dominio público. En cambio, la ley 104 obliga a suministrar información, también, al Poder Legislativo y al Judicial, en cuanto a su actividad administrativa, así como a los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad, es decir, los órganos de control (Sindicatura y Auditoría General, Procuración General, Defensoría del Pueblo). La otra diferencia es más aparente que real. En el Reglamento (decreto 1172/2003), la denegatoria de la solicitud de información —expresa o por silencio o ambigüedad de la respuesta (arts. 13 y 14)— deja expedita la "acción de amparo por mora" (art. 28 del decreto-ley 19.549 y sus modificaciones); mientras que la ley 104, en el supuesto equivalente, habilita la acción de amparo ante el fuero contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma (art. 8°). Pero la jurisprudencia del fuero de la Ciudad se ha manifestado en el sentido de que: "...ponderando el objeto procesal de la acción prevista por la ley 104//... su naturaleza jurídica se aproxima a la del amparo por mora, sin perjuicio de las

[53] ALANIS, Sebastián D., "El acceso a la información pública como elemento de transformación de la emergencia", en AHE, Dafne S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, FDA, Buenos Aires, 2002, ps. 69 y ss.

peculiaridades de aquélla" [54] y, en ese sentido, aplica el criterio que rige en este último "cuando se hubiera cumplido la orden judicial durante la sustanciación de la causa, las costas habrán de ser impuestas a la parte demandada siempre que se encontrara en mora en oportunidad de interponerse la demanda" [55].

3.2. Las audiencias públicas. Representan una de las modalidades de participación ciudadana en la gestión y control de la Administración, que más ha atraído la atención de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, en especial a partir de la Reforma Constitucional de 1994. Por ello, y teniendo en cuenta la interesante información y las atinadas observaciones que nos ha brindado la Expositora de este panel, con referencia a esta institución en el derecho norteamericano, me ceñiré muy concretamente a abordar algunas cuestiones que hacen a su problemática en nuestro régimen jurídico.

(i) Constituye un *derecho* de raigambre constitucional participar en audiencias públicas antes de que la Administración adopte ciertas decisiones de carácter general, grandes proyectos o medidas con impacto ambiental. En esta categoría, Gordillo [56] incluye todas las normas fundamentales sobre las relaciones entre Administración, concesionario o licenciatario, y usuarios y consumidores, especialmente las que protegen su salud, seguridad e intereses económicos y demás derechos enunciados en el art. 42, CN (fijación o modificación de tarifas; prórroga de concesiones o licencias; prórroga de exclusividad; renegociación del contrato en cuanto a plazo y régimen económico, etc.).

Para el autor citado, el derecho a la audiencia se sustenta en el principio del debido proceso (art. 18, CN), o sea que el derecho de defensa que desde antaño se explicitaba en la audiencia individual, antes de que se decidiera sobre sus derechos subjetivos o intereses, ahora se extiende a la audiencia del *público interesado* (usuarios y consumidores) a efectos de que puedan también ser oídos, con debate y prueba, con conocimiento pleno y directo del expediente y del proyecto oficial, con la posibilidad de hacer un alegato y con el derecho a obtener una decisión fundada sobre sus peticiones.

Para Uslenghi [57], el derecho a la audiencia deriva del derecho a la participación ciudadana que, además de constituir un derecho implícito (art. 33), tiene hoy sustento en los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. A ello me he referido antes (acápite II). Por lo que coincido con

[54] Para un análisis de la ley 104, ver el excelente trabajo de Ammirato, A. - Scheibler, G. - Trípoli, P., "La ley 104...", cit.

[55] Sala I, C.A. y T. *in re* "Pampín, Gustavo L. v. GCBA s/amparo", expte. nro. 1305/01; *in re* "Bembibre, Carlos v. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)", expte. nro. 5820/00.

[56] Gordillo, A., *Tratado...*, t. II, cit., Cap. XI, ps. 1 y ss.

[57] Uslenghi, Alejandro, "Audiencias públicas", en publicación de las Jornadas Nacionales sobre Procedimiento administrativo (20 a 22 de mayo de 1998) organizadas por la Universidad Austral y publicadas por Ciencias de la Administración.

Uslenghi que la audiencia pública constituye una razonable reglamentación de ese derecho.

(ii) *Deben estar reguladas por ley formal.* Como afirmamos el derecho constitucional a la audiencia pública, ese derecho sólo puede ser reglamentado por ley formal (art. 14 CN). Como bien dice Uslenghi [58], no se trata de una autolimitación de la propia Administración, la que se obligaría a llamar a audiencia pública antes de dictar determinados actos. Si así lo fuera, podría regularse a través de un reglamento autónomo.

- El Marco Regulatorio de la Electricidad (ley 24.065) prevé la obligación del ENRE de convocar a audiencia pública cuando los transportistas o distribuidores: a) soliciten la extensión del certificado que acredite la conveniencia y necesidad pública de construcciones u operaciones de magnitud, extensión o ampliación de los existentes (art. 11); b) soliciten la modificación de los cuadros tarifarios (art. 46); c) cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia de particulares, el ENRE considere que la tarifa es injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial (art. 48).
- El Marco Regulatorio del Gas, aprobado por la ley 24.076, prevé la realización de audiencias públicas, en forma previa a la toma de las siguientes decisiones: a) revocar la habilitación de transporte y distribución de gas natural por un período de diez (10) años adicionales al término original (art. 6°) [59]; b) autorizar a los transportistas y distribuidores para extender o ampliar sus instalaciones, en caso de obras no previstas en la respectiva habilitación, siempre que las cooperativas y los terceros interesados en su realización no alcancen un acuerdo con el prestador de la zona que corresponda (art. 16, inc. b); c) autorizar a continuar una obra nueva cuando su construcción o ampliación interfiera o amenace interferir el servicio o sistema correspondiente a otro transportista o distribuidor (art. 18); d) también se debe realizar una audiencia pública cuando quien requiera un servicio de suministro de gas de un distribuidor o acceso a la capacidad de transporte de un transportista o distribuidor, no llegue a un acuerdo sobre las condiciones del servicio requerido (art. 29); e) cuando el ENARGAS deba aprobar modificaciones tarifarias (art. 46);

[58] USLENGHI, A., "Audiencias...", cit., p. 301.

[59] La reglamentación de la ley, aprobada por el decreto 1738/1992, prevé que el Prestador tendrá derecho a una única prórroga de diez años a partir del vencimiento del plazo inicial de treinta y cinco años de su habilitación, siempre y cuando haya cumplido en lo sustancial (incluyendo la corrección de las deficiencias observadas por la Autoridad Regulatoria) todas las obligaciones a su cargo según el inc. 7°) del artículo 4° de esta Reglamentación. La carga de la prueba del incumplimiento estará a cargo del Ente (art. 6°).

f) o cuando el ENARGAS considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias de particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial (art. 47). A su vez, la ley otorga al directorio del ENARGAS la facultad de organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas que prevé (art. 52, inc. l).

- ¿Qué ha pasado en materia de comunicaciones? El decreto 1185/1990, en su art. 30, dispone: "Toda fiscalización y actuación llevada a cabo por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) respetará el derecho de defensa de las partes", y en el inciso b) agrega: "A partir del 1° de enero de 1994, la CNT *podrá* disponer con *carácter extraordinario* que ciertas fiscalizaciones o actualizaciones sobre aspectos de grave repercusión social incluyan una audiencia pública [...]" (énfasis agregado).

De acuerdo con estas previsiones, la Secretaría de Comunicaciones de la Nación dictó la resolución 57/1996 (BO 3/9/1996), por medio de la cual aprobó el Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las comunicaciones, "instrumento que, según su art. 1°, reglamenta los arts. 7° y 30 del decreto 1185/1990 y sus modificatorias. En el art. 2° del Reglamento se declara aplicable en los casos en que la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación o la Comisión Nacional de Comunicaciones como sucesora de la CNT *consideren necesaria* la celebración de una audiencia pública y en aquellos supuestos en que corresponda utilizar el procedimiento de documentos de consulta" (énfasis agregado).

Las normas recién indicadas parecen fundar el carácter potestativo de las audiencias públicas, a criterio de las autoridades. Sin embargo, en la causa "Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Secretaría de Comunicaciones", la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en su sentencia del 30/8/2000 [60] declaró la nulidad de una resolución de la Secretaría de Comunicaciones en materia tarifaria, impugnada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en el incumplimiento del requisito de la audiencia pública previsto en la res. (SC) 57/1996. Para así decidir, interpretó que, pese a los términos del art. 30 antes citado, la Comisión Nacional de Comunicaciones carece de discrecionalidad

[60] Ver nota al fallo de BARRAZA, Javier Indalecio, "La audiencia pública y algunos principios que surgen de un pronunciamiento judicial", LL 2001-F-98/103; ver, también, de SCHEFER, Claudio A. - PORTO, Ricardo A., *Telecomunicaciones - Marco Regulatorio*, El Derecho, Buenos Aires, 2002, quienes consideran obligatoria la audiencia pública para el tratamiento de la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico o para el Reglamento General de Interconexión (cfr. p. 52)

para disponer la inclusión de una audiencia pública en el procedimiento, porque ello debe compatibilizarse con el carácter imperativo del proemio de la norma, que exige respetar "el derecho de defensa de las partes para toda fiscalización y actuación" del organismo.

La sentencia de la Sala V coincide así, en el caso, con la tesis de Gordillo antes reseñada, quien funda el derecho constitucional a la audiencia pública en el principio del debido proceso del art. 18, CN.

- Una situación que genera no pocas dudas es el Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, aprobado como Anexo I del decreto 1172/2003, toda vez que no ha sido precedido por una ley formal que adopte las bases generales del instituto. Si bien su contenido es predominantemente de procedimiento y lo regula de modo similar al del ENRE (res. 39/1994), falta definir cuestiones esenciales que debieron tener encuadre legal.

Así, debió indicarse con precisión en qué casos la autoridad convocante está obligada al llamado a audiencia pública. En cambio, en este Reglamento General queda el tema en una gran indefinición. Pareciera que sólo se podría iniciar el procedimiento "por solicitud de persona interesada (física o jurídica, pública o privada)" dirigida a la Autoridad Convocante y ésta "debe expedirse sobre tal requerimiento en un plazo no mayor a treinta (30) días, mediante acto administrativo fundado, el que debe ser notificado al solicitante por medio fehaciente" (art. 10).

Quiere decir que el Reglamento General no prevé en qué situaciones, antes de la adopción de las decisiones de carácter general, la Administración está obligada a convocar a la audiencia pública, haya sido o no peticionada expresamente por persona interesada. Y, por lo tanto, tampoco se expide sobre los fundamentos que harían legítima una decisión denegatoria de la Administración requerida.

Por supuesto, podrá responderse a esta crítica que el Reglamento, por su propia naturaleza, no podría regular el derecho constitucional de los sectores interesados a la audiencia pública, como dije *supra*; y que debe atenerse a lo que se disponga en los respectivos marcos regulatorios de los servicios públicos o en las leyes que regulen la materia en cuestión. Pero, entonces, viene la pregunta: ¿Para qué se ha comenzado con una mera reglamentación de un procedimiento de audiencias, que no se sabe cuándo y por qué van a ser convocadas?

Urge, pues, que el Congreso de la Nación fije las políticas básicas en materia de audiencias públicas, así como todavía está en deuda con el mandato constitucional de integración de las asociaciones de usuarios y consumidores a los Entes de Regulación y Control de Servicios Públicos (art. 42, CN).

- Quiero destacar que, en la actualidad, dos órganos del Gobierno Nacional (la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación) se encuentran abocados a la realización de acciones destinadas a:

  a) La implementación del decreto 1172/2003 de "mejora de la calidad de la democracia y de las instituciones".
  b) La utilización del Procedimiento de Elaboración Participada de Normas (EPN), diseñado por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción, a través del cual se obtuvo el Proyecto de Ley de Acceso a la Información, actualmente en el Congreso, y el Anteproyecto de Ley de Publicidad de la Gestión de Intereses, que regula la actividad del *lobbying*, todavía en proceso de elaboración.

- Respecto de este último tema, también el decreto 1172/2003 se ha adelantado a la demorada sanción legislativa de los diversos proyectos presentados desde 1989 y ha aprobado el Reglamento General para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (Anexo III). Define la gestión de intereses como "toda actividad desarrollada —en modalidad de audiencia— por personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, por sí o en representación de terceros —con o sin fines de lucro— cuyo objeto consiste en influir en el ejercicio de cualquiera de las funciones y/o decisiones de los órganos y entes que funcionan en jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. La limitación a esta jurisdicción deviene del carácter reglamentario de la norma (art. 20).

Resulta obligatorio, para ciertos funcionarios que se enuncian en el art. 4° (desde el Presidente, en escalones descendentes hasta la jerarquía de los Directores Generales), *registrar toda audiencia* cuyo objeto sea la gestión de intereses (art. 3°). La información contenida en los Registros tiene carácter público, debiéndose garantizar su libre acceso, actualización diaria y difusión a través de la página de Internet del área respectiva (art. 7°).

Las normas de este Reglamento tienden a garantizar el acceso igualitario en la petición a las autoridades, sin crear barreras burocráticas y sin fomentar una actividad profesional *lobbysta* secreta. Por el contrario, se pretende que ésta opere "a la luz del sol" como lo prescribe para todas las acciones gubernamentales la ley americana *Government in the Sunshine Act*.

Con los equipos técnicos especializados que están trabajando en los dos órganos de la Administración aludidos antes, cabría esperar que se adopte finalmente *la decisión política* de elaborar un Proyecto de Ley General de Audiencias Públicas, utilizando el Procedimiento de Elaboración Participada de Normas, como marco para definir los consensos previos e indispensables para crear una normativa ponderada y eficaz.

Entre los antecedentes legislativos de relevancia en nuestro país, habrá que acudir a la ley 6 y sus modificatorias, que regula las Audiencias Públicas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que constituye uno de los instrumentos legislativos más completos en esta materia. Las audiencias públicas en la Ciudad Autónoma están arraigadas en su propia constitución. El art. 63 establece: "La Legislatura, el Poder Ejecutivo o las Comunas [61] pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la Ciudad o Zonal [...] la convocatoria es obligatoria cuando la iniciativa cuenta con la firma del medio por ciento del electorado de la Ciudad o Zona en cuestión. También es obligatoria antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos".

Por otra parte, en materia de sanción de las leyes (capítulo 3° del título 3° del libro 2°), se prevé, en el art. 89, el procedimiento de doble lectura en materias tales como:

- √ Código de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación.
- √ Plan Urbano Ambiental.
- √ Imposición de nombres a sitios públicos, emplazamiento de monumentos y esculturas, y declaración de monumentos, áreas y sitios históricos.
- √ Desafectación de los inmuebles del dominio público y todo acto de disposición de éstos.
- √ Toda concesión y permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad.
- √ El presupuesto de la Legislatura.

Y en el art. 90 se dispone, entre otros requisitos que deben observarse en el procedimiento de doble lectura: "3. publicación y convocatoria a audiencia pública, dentro del plazo de treinta días, para que los interesados presenten reclamos y observaciones".

Sobre esas bases constitucionales, la ley 6 estatuye como principio general que "la omisión de la convocatoria a la Audiencia Pública, cuando ésta sea un

[61] La Constitución de la Ciudad prevé la sanción, por la Legislatura, de la Ley de Comunas con mayoría de 2/3 del total de sus miembros. Todavía no lo ha hecho, pese al emplazamiento que le dirigió la Justicia Contencioso-Administrativa y Tributaria de la Ciudad *in re* "García Elorrio, Javier María, v. GCBA s/amparo" (art. 14 CCABA), exp. 3586/00.

imperativo legal, o su no realización por causa imputable al órgano convocante es causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia, quedando abierta la actuación judicial".

Luego distingue dos tipos de Audiencias Públicas:

1) Audiencias públicas temáticas:
   a) Convocadas por el Poder Ejecutivo de la Ciudad.
   b) Convocadas por la Legislatura.
   c) Convocadas por las Comunas de la Ciudad.
   d) De requisitoria popular (medio por ciento del electorado).
2) Audiencias públicas para designaciones y acuerdos.

Las Audiencias Públicas Temáticas pueden ser obligatorias o facultativas. Son obligatorias todas aquellas que se encuentran previstas como tales en la Constitución de la Ciudad o que por ley así se establezca, siendo facultativas todas las restantes.

3.3. Documento de consulta. He hecho mención de la res. (S. Com.) 57/1996 que aprueba el Reglamento general de audiencias públicas y documentos de consulta para las comunicaciones.

Estos documentos son otra forma de participación de los administrados en la elaboración de normas generales que pueden afectarlos en sus derechos e intereses. Este instituto tiene su inmediato antecedente en el *informal rulemaking* del derecho norteamericano y es utilizado ampliamente por los entes reguladores ingleses [62].

Como antecedente en nuestro derecho nacional, cabe recordar que el art. 107 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por el Decreto 1759/1972, en el Título IX que regula la elaboración de actos administrativos de alcance general y los proyectos de leyes, facultaba a la Administración a "requerir el parecer de personas o entes ajenos a ella, inclusive de los que ostenten la representación de intereses sectoriales". Esta norma fue suprimida por el decreto 1883/1991, sin que se aportara ningún fundamento de tal decisión.

En la actualidad, están regulados en las siguientes normas:

(i) En la citada res. (S. Com.) 57/1996, el art. 44 establece que "los documentos de consulta constituyen un mecanismo de la autoridad de regulación para

[62] Huici, Héctor, "El documento de consulta como una forma especial de la audiencia pública", en Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo (20 a 22 de mayo de 1998), organizadas por la Universidad Austral, publicación ed. Ciencias de la Administración, pp. 305/311.

conocer la opinión de los regulados en forma previa a dictar actos de alcance general que los comprendan. En tales casos, será obligatoria la emisión de documentos de consulta, según corresponda, a las sociedades licenciatarias del servicio básico telefónico, a los operadores independientes, a los prestadores de servicios en competencia, a organizaciones de clientes y usuarios, fundaciones, sindicatos, asociaciones profesionales y cámaras empresarias legalmente reconocidas". A su vez, en el art. 48 se estatuye que "la opinión vertida por los interesados consultados no tendrá carácter vinculante en relación a la resolución que al respecto dicte la autoridad convocante".

(ii) En la resolución (M. Economía) 576/2002, que aprobó el "Reglamento del Procedimiento de Documento de Consulta" a ser aplicado en los casos que determine esa Cartera, en función del avance del proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por la ley 25.561 y el decreto 293/2002.

(iii) En la resolución conjunta 188/2003 y 44/2003 del Ministerio de Economía y Producción y del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, que creó el Comité Sectorial de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, dentro de la Unidad de Renegociación y Análisis de esos contratos (en el decreto 311/2003 aparece especificado el supuesto de obligatoriedad de este procedimiento: se trata de los proyectos de acuerdos integrales o parciales de renegociación de contratos de obras y servicios públicos, a ser suscriptos entre los representantes legales de las firmas contratistas o licenciatarias y los dos Ministerios citados, *ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional). Esos proyectos de acuerdo *deberán* ser sometidos al procedimiento de Documento de Consulta regulado por la res. 576/2002.

Es importante señalar la amplitud de la participación en este procedimiento, que puede ser de pleno derecho o a citación, o requerimiento de la Comisión de Renegociación de los Contratos. De pleno derecho puede participar toda persona física o jurídica, pública o privada (hasta con simple interés); las organizaciones de usuarios y consumidores reconocidas; los organismos o autoridades públicas nacionales, provinciales o municipales; el Defensor del Pueblo de la Nación y los de aquellas jurisdicciones involucradas en la materia de la consulta. A criterio o requerimiento de la Comisión, podrán intervenir también las personas públicas o privadas extranjeras, residentes o no en el país, u organizaciones de carácter supranacional o internacional, así como también especialistas e investigadores en la materia provenientes de universidades, fundaciones y centros de estudio e investigación legalmente reconocidos (art. 7°). En la misma normativa del Reglamento aprobado por la res. 576/2002, se prevé la designación de un Defensor del Usuario en este procedimiento de Documento de Consulta, función que podrá ser asumida —en forma conjunta o indistinta— por las asociaciones de usuarios reconocidas. En caso de no hacerlo, la Comisión se reserva la designación de oficio del Defensor del Usuario.

(iv) Por último, el Anexo V del decreto 1172/2003, que aprobó el Reglamento General para la Elaboración Participada de Normas, aunque no incluye esta instancia participativa bajo la denominación de "documento de consulta", sin embargo se refiere a:

- un registro de opiniones y propuestas, que deben realizarse por escrito, pudiendo ser acompañadas con la documentación que se estime pertinente (art. 15);
- comentarios informales. La Administración debe habilitar, una casilla de correo electrónico y una dirección postal a efectos de recibirlos. Luego deben ser publicados en su página de Internet, pero no se incorporan al expediente (art. 16);
- estudios especiales o rondas de consulta, que puede encauzar la Autoridad Responsable (art. 18).

En los fundamentos de la norma elaborada, debe dejarse constancia de la realización del procedimiento de Elaboración Participada de Normas, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas al texto como consecuencia del mismo (art. 20).

Tengamos en cuenta, en lo que respecta a los alcances de este art. 20, que con él se cumpliría el requisito de adecuada motivación del acto administrativo que se dicte y, como bien lo ha dicho Huici [63], éste adquiere especial relevancia en el examen de legitimidad de las facultades discrecionales que se ejercen en la elaboración de las normas de políticas públicas.

3.4. Participación en la elaboración de pliegos en contrataciones. En realidad no es sino una variante de la Elaboración Participada de Normas (EPN), con la especificidad de que tales normas son los pliegos para las contrataciones de bienes y servicios por el Estado Nacional.

El decreto delegado 1023/2001 [64], con las modificaciones introducidas por el decreto 666/2003, constituye el régimen vigente en materia de contrataciones de la Administración Nacional. Fue precedido temporalmente por el decreto 436/2000, que aprobó el Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional y que, pese a la precedencia temporal, implica la reglamentación del decreto 1023/2001.

No me voy a ocupar de analizar los aspectos del régimen y de su reglamentación en materia de contratos, por no corresponder a la temática de este panel. Sólo me referiré a la importante innovación introducida en los arts. 10 a 12 del

[63] Huici, H., "El documento...", cit., p. 311.

[64] Se lo denomina así, porque fue dictado en uso de las facultades legislativas delegadas por la ley 25.414 (art. 1°, inc. II, ap. e).

decreto reglamentario —ahora receptado en el art. 8º del decreto 1023/2001—, que es la apertura de una instancia participativa previa a la publicación de la convocatoria, para que todos aquellos interesados que lo deseen puedan formular observaciones al proyecto de bases y condiciones particulares.

Este procedimiento de consulta previa del proyecto se limita a aquellos casos en los que la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la Autoridad Competente (art. 8º, decreto 1023/2001). Una interpretación literal de sus términos llevaría a considerar, por lo tanto, que se trata de un supuesto de facultad discrecional del órgano convocante, sujeta al control judicial. Pero no debemos olvidar la incidencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción "que agrega tres principios de carácter supralegal y supranacional a satisfacer en el procedimiento de contratación: uno se refiere al procedimiento formal, que debe ser público y transparente, y dos se refieren al resultado material obtenido que debe ser equitativo o justo y eficiente". Estoy citando a Gordillo [65], quien ya en la 4ª edición del tomo II (en el año 2000) sostenía la conveniencia de introducir la publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego, sea a través del sistema de *data room* (banco o archivo de datos), sea a través del llamado público de interesados, no todavía para presentar ofertas, sino para estudiar todos los datos de que dispone la Autoridad Convocante y proponer modificaciones o aclaraciones al pliego y al contrato [66].

Una vez que la Autoridad Convocante ha decidido que se justifica el procedimiento participativo previo *deberá* (dice el art. 8º del decreto 1023/2001), "*corresponderá*" (art. 10 del decreto 436/2000) prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria para recibir observaciones al proyecto de Pliego. Los pasos que se deberán observar, según la reglamentación, son:

(i) Por lo menos un anuncio en el Boletín Oficial y su difusión en forma simultánea por Internet.

(ii) Dentro de los tres (3) días de esa publicación oficial, envío de comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los productores, fabricantes y comerciantes del rubro y a las asociaciones locales del lugar donde deban efectuarse las provisiones, para su difusión entre los interesados. Los avisos y las comunicaciones deben indicar la fecha de finalización del plazo para formular observaciones al proyecto de pliego, plazo que no podrá ser inferior a cinco (5) días.

(iii) En ese lapso, el organismo contratante podrá convocar reuniones para recibir observaciones al proyecto o promover el debate entre los interesados acerca de su contenido, de todo lo cual se labrará acta que firmarán los asistentes, las que se agregarán al expediente junto con las observaciones escritas presentadas.

El resultado de este procedimiento de consulta no tiene efectos vinculantes para la autoridad contratante, que elaborará el Pliego definitivo "conforme con

[65] GORDILLO, A., *Tratado...*, t. II, cit., Cáp. XII, p. 4.
[66] GORDILLO, A., *Tratado...*, t. II, cit., p. 23.

los criterios técnicos, económicos y jurídicos que a su juicio correspondan, teniendo en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que las considere pertinentes a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios de igualdad entre interesados, de promoción de la concurrencia, de la competencia, de la transparencia y de la ética" (art. 12 del decreto 436/2000).

3.5. El presupuesto participativo. Acudo nuevamente a la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y lo hago de la mano de otro brillante alumno de la Carrera de Especialización que organiza estas Jornadas Internacionales, el Dr. Guillermo M. Scheibler, quien publicó un trabajo muy documentado sobre el tema [67].

Para definir qué es un "presupuesto participativo" (PP), mecanismo que empezó a delinearse en la ciudad de Porto Alegre (Rio Grande do Sul, Brasil) a partir de 1989 por iniciativa de su gobierno municipal, hay que tomar primeramente en cuenta que el presupuesto de la Administración está conformado por gastos rígidos (salarios y gastos por los servicios que presta) y gastos flexibles. Los ciudadanos que participan del PP debaten sobre el "gasto flexible". Sin embargo —observa Scheibler—, "en San Pablo, que instauró este procedimiento en el año 2001, la porción sobre la que participan los ciudadanos fue del 5% de todo el presupuesto. En Porto Alegre, la proporción fue subiendo hasta alcanzar en la actualidad el 23%".

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contiene el principio básico de este instituto, en el art. 52: "Se establece el carácter participativo del presupuesto. La ley debe fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos". Es decir: se defiere al Legislador el modo de concretar la participación del ciudadano y determinar el carácter de la consulta (vinculante o no).

A su vez, la ley 70 [68] de Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad garantiza, en su art. 9º "la participación de la población en la elaboración y seguimiento del Presupuesto Anual, del Programa General de Gobierno y del Plan de Inversiones Públicas del Gobierno de la Ciudad, a través de foros temáticos y zonales. A esos efectos se articularán los mecanismos que surjan de la Ley de Presupuesto Participativo". Los sistemas que se establezcan y regulen en esa ley (aún no sancionada) tendrán en consideración las prioridades de asignación de recursos elaborados por instancias de participación de la población (art. 10), a las que corresponde in-

[67] SCHEIBLER, Guillermo M., "El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en AIE, Dafne S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, FDA, Buenos Aires, 2002, ps. 269-281.

[68] Sancionada el 27/8/1998 y promulgada por decreto 1843 del 21/9/1998.

tervenir no sólo en el proceso de elaboración, sino también en el seguimiento del presupuesto (art. 29).

Mientras no se sancione la anunciada Ley de Presupuesto Participativo, la ley 70 brinda algunos lineamientos del instituto:

a) Indica la metodología en que debe materializarse la participación ciudadana: *foros temáticos y zonales.*
b) Impone a la Administración la obligación de "considerar" las prioridades que surjan de la consulta. Y, si se aparta de ellas, debe fundar tal circunstancia.
c) Establece que la participación no se limita a la elaboración del presupuesto, sino que incluye el seguimiento de la ejecución presupuestaria.

Para concluir con esta brevísima consideración de esta forma de participación, quiero señalar la existencia de otro gran obstáculo para su implementación, que es la omisión de la Legislatura local en cumplir con el mandato de la Constitución de sancionar la Ley de Comunas, toda vez que la participación de los habitantes debiera materializarse a través de Asambleas Comunales. Por ahora, los foros barriales que se han realizado han tomado como base las dieciséis (16) unidades territoriales denominadas Centros de Gestión y Participación que se han implementado desde 1996, como transición hacia la verdadera descentralización que prevé el art. 127 de la Constitución de la Ciudad.

Ya me referí, con anterioridad, al fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma, del 19/5/2003, que ordenó al Poder Legislativo que sancionara la ley prevista por el art. 127 CCBA, durante el período legislativo entonces en curso (es decir, el del año 2003). La sentencia quedó firme porque no fue recurrida. Pero la Ley de Comunas no ha sido aún sancionada.

4. Las fórmulas de participación por cooperación o colaboración

García de Enterría y Fernández [69] incluyen, en este círculo muy laxo de participación, los supuestos en que el administrado no se integra en la organización pública, sino que actúa como tal sujeto privado; no ejercita funciones materialmente públicas, sino que realiza una actividad estrictamente privada, aunque sea —y aquí se concreta el fenómeno colaborativo— en el sentido propugnado o estimado por la Administración como más conveniente a los intereses generales que ella representa y gestiona. Es una cooperación prestada desde fuera de la

[69] García de Enterría, E. - Fernández, T. R., *Curso...*, t. II, cit., ps. 91-93.

Administración, tanto orgánica como funcionalmente, pero que supone colaborar de una manera voluntaria en programas o actividades que la Administración patrocina o promueve.

Dada esta caracterización, los autores citados incluyen en esta tipología los casos de promoción regional o de ciertas actividades económicas y sociales, en los que la Administración orienta a colaborar a los particulares para mejor servicio de los intereses generales. Se trata de la técnica de *fomento*, en la que Jordana de Pozas [70] destaca que la libertad de determinación privada se sigue respetando, sólo que se la estimula a caminar por una senda determinada otorgándole ciertos incentivos, normalmente económicos (subvenciones, exenciones o bonificaciones tributarias, privilegios de crédito oficial); pero también jurídicos (atribución de *status* especiales) y aun los honorarios (premios, condecoraciones) [71].

En nuestro país se han sancionado numerosos regímenes legales de promoción regional (v. gr. de la Patagonia y de la Provincia de Tierra del Fuego) y, en particular, de fomento de las industrias, dando origen a numerosos estudios de gran interés, especialmente en cuanto a la estructura de las relaciones jurídicas de promoción industrial, desde el de nuestro siempre recordado y querido maestro del derecho administrativo, el Dr. Manuel María Diez, quien le dedicó el capítulo VI del tomo IV de su "Derecho administrativo" [72], actualizado con la colaboración del Dr. Tomás Hutchinson [73], hasta el inteligente análisis que le dedica otro de nuestros colegas de la Carrera de Especialización, el Dr. Juan Carlos Cassagne [74].

Pero esta caracterización me está llevando al tratamiento de temas que no corresponden a este panel.

4.1. Ejercicio privado de actividades profesionales que implican colaboración en el cumplimiento de funciones públicas. Por ello, voy a *cruzar* la clasificación de García de Enterría y Fernández con la de Santamaría Pastor [75], para incluir en este círculo a las técnicas de asociación de sujetos privados a la realización de ciertas funciones públicas que van anejas a sus propias actividades

[70] JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo sobre una teoría del fomento en el derecho administrativo", en *Estudios en homenaje al Profesor Jordana de Pozas*, Cap. I., ps. 486 y ss., Madrid, 1961.

[71] GARCIA DE ENTERRIA, E. - FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit. (con cita de JORDANA DE POZAS).

[72] DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, Bibliográfica Omega, 1969, Cap. VI, ps. 139-157.

[73] DIEZ, Manuel M. (con la colaboración de Tomás Hutchinson), *Manual de derecho administrativo*, t. II, Plus Ultra, 1981, cap. XV, ps. 231-242.

[74] CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, 7ª ed. actualizada, LexisNexis (Abeledo-Perrot), Buenos Aires, 2002, título quinto "La actividad interventora", Cap. II "La actividad interventora y su incidencia sobre los derechos privados", ps. 343-353.

[75] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, cit., ps. 405-411.

profesionales de ejercicio privado. Se trata del llamado ejercicio privado de funciones públicas, que puede asumir, a su vez, dos formas:

(i) *Profesiones privadas cuyo objeto preciso es el desempeño de una función pública*: profesiones intervenidas administrativamente, a las que se accede mediante pruebas competitivas (oposiciones) y cuyos precios o tarifas están fijados por la Administración (v. gr., notarios).

(ii) *Profesiones cuyo objeto es el desempeño de una actividad privada, pero a la cual va aneja una función pública*: Es el caso de los capitanes de buques mercantes y de comandantes de aeronaves, a cuyas tareas peculiares —técnicas y privadas— suma la legislación el ejercicio de potestades sancionadoras, la instrucción de causas por delitos cometidos a bordo, la formalización de las actas de nacimiento y defunción ocurridas en la nave, y la autorización de matrimonios en inminente peligro de muerte. Se trata de la realización eventual de actos de eficacia jurídico-pública, por profesionales en el curso de su propia actividad privada, en colaboración con la Administración Pública

Este tema ha sido objeto de un interesante estudio de nuestro Expositor invitado, el catedrático español Fernando Sainz Moreno, quien lo publicó precisamente bajo el título de "Ejercicio privado de funciones públicas" [76].

Advierte el autor citado que, para que esta noción tenga valor jurídico, es necesario mantenerla en sus límites tradicionales, esto es, dentro del ámbito del ejercicio privado de profesiones, a las que, en todo o en parte, se les atribuye legalmente la cualidad de ejercer funciones públicas. Y ello, porque el desborde de su ámbito originario para abarcar supuestos de sindicatos, partidos políticos, federaciones deportivas y grupos parlamentarios, al extender de tal modo su objeto, ha hecho que pierda consistencia y utilidad jurídica.

Partiendo de esa premisa, Sainz Moreno ha seleccionado, como supuestos de esta categoría, los siguientes:

a) Capitán de buque.
b) Comandante de aeronave.
c) Práctico de puerto.
d) Profesionales de algunos servicios privados de seguridad.
e) Árbitro de derecho privado.
f) Notario.
g) Agente de cambio y bolsa.
h) Corredor colegiado de comercio.

En lo que respecta, a la posición jurídica del ejerciente privado de una función pública, la caracteriza por las siguientes notas:

[76] SAINZ MORENO, Fernando, "Ejercicio privado de funciones públicas", en *Revista de Administración Pública*, nros. 100-102, enero-diciembre 1983, Madrid, ps. 1699-1783.

a) *En relación con la Administración:* Se encuentra sometido al conjunto de normas que forman la "disciplina pública" de su actividad. La Administración, habilitada por la ley, vigila su cumplimiento, impone reglas generales sobre su ejercicio e incluso puede condicionar a un previo nombramiento administrativo —reglado— el ejercicio de la actividad, pero no existe una relación de sumisión jerárquica entre la Administración y el ejerciente privado de la función pública. Éste mantiene una posición profesional independiente y, en su caso, imparcial frente a la Administración; no se integra en el aparato administrativo y, por tanto, no recibe instrucciones singulares —salvo supuestos de excepción—, sino que cumple exclusivamente las reglas generales que regulan su actividad, bajo su propia responsabilidad, aunque la infracción de esas normas puede dar lugar a sanciones administrativas.
b) *En relación con los particulares,* "Su posición se caracteriza por la concurrencia de elementos de derecho público y de derecho privado. De una parte está obligado a actuar —salvo que concurran supuestos tipificados que le eximan de ello—, y está obligado a hacerlo de un modo reglado; pero, de otra, el particular que con él contrata —previa elección del mismo— celebra un contrato privado (arrendamiento de obra o de servicios, mandato, comisión o corretaje, contrato laboral, según los casos) y le abona una remuneración —sujeta o no a arancel—". Su responsabilidad no es administrativa, sino civil, ya que no se encuentra encuadrado dentro de la organización administrativa y sus actos no se imputan a la Administración.

4.1.1. Escribanos públicos. En nuestro Derecho, la reseñada caracterización que hace Sainz Moreno de la posición jurídica del particular que ejerce una función pública, coincide totalmente con los fundamentos vertidos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Vadell, Jorge F. v. Provincia de Buenos Aires" [77] para negarle carácter de funcionarios públicos a los escribanos de registro (notarios).

Este pronunciamiento es ampliamente comentado por quienes nos ocupamos de la Responsabilidad del Estado, toda vez que con él la Corte modifica la forma de imputación del deber de resarcir, por parte del Estado, antes indirecta con fundamento en los arts. 1112 y 1113 del Código Civil y, desde entonces, en forma directa por aplicación del art. 1112 y de la teoría del órgano [78]. Pero, como en el caso no sólo había incurrido en *falta de servicio* el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, sino que habían concurrido a causar

[77] *Fallos:* 306: 2030.

[78] REIRIZ, María G., "Responsabilidad del Estado", en obra colectiva *El derecho administrativo, hoy*, Ciencias de la Administración, ps. 220-229.

la lesión resarcible, errores y omisiones imputables a dos escribanos, el Tribunal entra a "indagar si la actividad del escribano de registro constituye una modalidad dentro de la categoría de los funcionarios públicos, con las consecuencias legales que de ello derivan y que son las que cabe considerar o, por el contrario, el ejercicio de una profesión, bien que dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado que se manifiesta a través del acto de la investidura, el control y las facultades disciplinarias, pero que no participa *stricto sensu* de aquel carácter" (cons. 8°).

Luego de recordar que el art. 10 de la ley 12.990 les atribuye —a los escribanos— la condición de funcionarios públicos, advierte la Corte que la sujeción literal a la norma no basta para explicar su naturaleza jurídica, lo que exige una exégesis sistemática del estatuto jurídico del Notariado y agrega: "En ese sentido, si bien no caben dudas de que como fedatario cumple una función pública por su investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y ss. de la ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño [79].

"En efecto, *no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra; no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que les es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la Administración como puede serlo, en su medida, la remuneración*" (Consid. 10, énfasis agregado).

"En tales condiciones, se lo puede *definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos*" (consid. 11, énfasis agregado) [80].

4.1.2. Capitanes de buques mercantes y comandantes de aeronaves. Los argumentos desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Vadell" para negarle carácter de funcionarios públicos a los escribanos de registro (notarios) son igualmente aplicables a los capitanes de buques mercantes y comandantes de aeronaves, pese a que tanto la Ley de Navegación 20.094, como el Código Aeronáutico (ley 17.285) les asignan el cumplimiento de algunas funciones netamente públicas, anejas al desempeño de su actividad privada especí-

[79] Entiendo que se refiere a responsabilizar al Estado, por el actuar de un funcionario propio.

[80] Puede verse un comentario a este fallo, de ELIASCHEV, Nicolás, "La teoría del órgano en un trascendente fallo de la Corte sobre responsabilidad del Estado", en Colección de Análisis Jurisprudencial: Elementos de Derecho Administrativo, de HUTCHINSON, Tomás, La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 634-640.

fica. Esas funciones públicas se refieren a la policía de seguridad y al registro civil de las personas que se encuentran a bordo y cesan al llegar a puerto.

En la Ley de Navegación (arts. 121, 122 y 123) se las caracteriza como *delegación* de la autoridad pública, "para la conservación del orden en el buque, y para su seguridad y salvación, así como la de los pasajeros, tripulantes y cargas. Los tripulantes y pasajeros le deben respeto y obediencia en todo cuanto concierne a las referidas funciones" (art. 121).

Esas funciones de policía comprenden:

- √ El mantenimiento del orden interior del buque, la represión de las faltas cometidas a bordo por tripulantes o pasajeros y la imposición de las sanciones (legales y reglamentarias).
- √ La instrucción de la prevención, en caso de delito, con arreglo a las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación. Cesa su intervención al llegar a puerto, donde debe comunicar el procedimiento a la autoridad marítima si se trata de puerto argentino, o a la autoridad consular o diplomática argentina si se trata de puerto extranjero.
- √ La obligación de comunicar de inmediato y por el medio más rápido a la autoridad marítima o consular más cercana, todo accidente de navegación ocurrido al buque o causado por él, y cualquier otra novedad de importancia en la ruta que afecte la navegación (art. 122).

En cuanto a sus competencias como oficial de registro civil, los arts. 123 y 124 lo autorizan a extender —en el diario de navegación— las actas de nacimiento o defunciones que ocurran a bordo y las de matrimonio en artículo de muerte; otorgar testamento marítimo, recibir testamentos cerrados y ológrafos, dejando constancia de ello en el mismo libro e instruir informaciones sumarias en caso de desaparición de personas.

Similares funciones asigna el Código Aeronáutico a los comandantes de aeronaves, en materia de registro civil, imponiéndole la obligación —en caso de muerte de un pasajero o miembro de la tripulación— de adoptar medidas de seguridad con respecto a los efectos que pertenezcan al fallecido, entregándolos bajo inventario a la autoridad competente en la primera escala; con intervención del cónsul argentino en caso de que la escala fuera en el exterior del país (art. 83).

En cuanto a las funciones de policía, el comandante tiene poder disciplinario sobre la tripulación y autoridad sobre los pasajeros. Debe velar por la seguridad de los mismos y no puede ausentarse de la aeronave sin tomar las medidas correspondientes para su seguridad (art. 81), deber que se extiende a los casos de peligro (art. 82).

En conclusión: capitanes de buques mercantes y comandantes de aeronaves son —en nuestro derecho— ejercientes privados de funciones públicas, someti-

dos al régimen jurídico de las mismas, cuyo cumplimiento supervisa la Administración.

Pero, como dijo la Corte respecto de los escribanos —y se puede extender a estos otros ejercientes privados—, "no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integran; no están sometidos al régimen de subordinación jerárquica que les es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la Administración como puede serlo, en su medida, la remuneración" (*Fallos:* 306: 2030, considerando 10°). Estas notas les restan carácter de funcionarios públicos.

4.1.3. Particulares que aprehenden a delincuentes en flagrante delito: Una forma de participación muy peculiar de nuestro Derecho Penal se da en el ejercicio voluntario de una competencia puramente accidental e incluso fugaz: la persona que sorprende a otra en la comisión de un delito puede proceder a detenerla, desempeñando en la ocasión una función que es propia de las fuerzas del orden, hasta tanto se haga presente el órgano policial respectivo, momento en el cual cesa automáticamente esa competencia accidental [81].

Ha dado pie a interpretar que se trataría de un supuesto de "funcionario accidental", la fórmula sumamente amplia del art. 77 del Código Penal: "...Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa *a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*".

Como se advierte, la fórmula del Código es tan extensa que no abarca sólo a quienes están integrados en los cuadros de la Administración. De todos modos, la hipótesis del particular que aprehende al presunto delincuente, si bien estaría comprendida en la "participación accidental" a que alude la norma, no se compadece con la exigencia de que la participación en el ejercicio de la función lo sea "por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

Entiendo que se trata de una cooperación voluntaria —y autorizada por norma preexistente— en la función pública de seguridad, pero que no califica al particular que la ejerce ocasionalmente como funcionario público accidental [82]. Así me parece, puesto que los arts. 284 y 287 del Código Procesal Penal de la Nación, que son las normas que configuran esta hipótesis de *colaboración del particular,* distinguen claramente dos supuestos:

[81] GORDILLO, A. A., *Tratado...*, t. I, cit., Cap. XII, p. 13.

[82] En contra: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, ps. 24-25, quien estima que se trata de funcionarios "accidentales", porque la actividad que ejercen espontánea y circunstancialmente figura en los cuadros de la Administración o en una norma preexistente.

- √ El primero, en el art. 284, se refiere a los *funcionarios y auxiliares de la policía* y les impone el deber de detener aun sin orden judicial: 1°) al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; 2°) al que fugare, estando legalmente detenido; (...) 4°) a quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad.
- √ El segundo supuesto, en cambio, en el art. 287, declara que "...En los casos previstos en los incisos 1°, 2° y 4° del art. 284, *los particulares están facultados para practicar la detención, debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial*".

A mi juicio, la norma autorizatoria del art. 284 recalca el carácter de actuación ocasional y voluntaria del particular, a fin de que no sean automáticamente imputadas al Estado cualesquiera acciones temerarias y/o arbitrarias emprendidas por particulares, sin encomienda alguna de la autoridad pública.

La interpretación que vengo desarrollando armoniza, asimismo, con la reforma introducida, al Código Penal, por la ley 21.338. El art. 240, en el texto anterior, decía: "Para los efectos de los dos artículos precedentes, *se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito*". Esta norma ha sido eliminada.

VIII. Revitalizar las instituciones representativas con el aporte de la participación ciudadana

Cuando me ocupé de la fórmula de participación por incorporación de los particulares en órganos colegiados de decisión de la Administración (ver *supra* 2.2.1.), que es una de las formas más comprometidas de participación ciudadana, insté al Legislador a dar cumplimiento, finalmente, al mandato constitucional del art. 42, sancionando la norma que incorpore —representantes de las asociaciones de usuarios— a los órganos de dirección de los Entes Reguladores.

Pero, habida cuenta de las dificultades y riesgos que implica esa técnica de representación de intereses, sobre los que alertaba Nieto, enuncié algunos de los recaudos que debieran incluirse en la normativa:

a) Normas de transparencia en la elección de los representantes de las asociaciones, para asegurar una representación genuina.
b) Número de miembros que se incorporen al directorio, que implique una representación minoritaria, pero igualmente significativa en el proceso de la toma de decisiones.

c) Reuniones abiertas de los órganos de dirección, para que los ciudadanos puedan monitorear el comportamiento de los representantes sociales en las sesiones en las que se adoptan decisiones que los afectan en su calidad de usuarios y consumidores.
d) Audiencias públicas previas a la adopción de ese tipo de decisiones.
e) Instancias que aseguren la intervención controladora del Congreso, tanto a través de la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones, como de las AA.II. de su jurisdicción: el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación.

Con los recaudos de este entramado institucional, considero que debemos correr los riesgos propios de la "representación de intereses". Si no lo hacemos, corremos un riesgo mayor que nos acecha, el de las "democracias delegativas".

Pero, para lograr una "democracia consolidada", los argentinos debemos superar nuestras actitudes individualistas y aislacionistas; tenemos que intensificar nuestra actividad en los partidos políticos, en las asociaciones profesionales, gremiales, vecinales, en las múltiples ONG que hoy actúan en el país y en el exterior.

Los males de la participación sólo se pueden superar con más participación.

NOTA DE ACLARACIÓN: HOMENAJE AL PROF. DR. AGUSTÍN ALBERTO GORDILLO

Pido autorización al señor Coordinador del Panel para hacer una aclaración que constituye, a la vez, un homenaje.

Me he sentido una suerte de "usurpadora" al intervenir en este panel sobre "La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control", cuando existe un colega y amigo con más que sobrados títulos para haber abordado esta exposición con mayor solvencia, como que se trata de un verdadero pionero intelectual en la materia —como en muchas otras del Derecho Administrativo—, el Dr. Agustín A. Gordillo.

De 1973 data su obra *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, aun cuando con anterioridad a esa fecha, ya se había ocupado del tema en *Planeamiento social: cauces de participación ciudadana* (*Crónica del V Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, t. I, Madrid, 1970, ps. 1058 y ss.).

En cuanto al control, baste recordar la separata de *Lecciones y Ensayos* nro. 62 de esta Facultad, sobre "El nuevo sistema constitucional de control" o el magnífico estudio "Problemas del control de la Administración Pública en América Latina" (Cuadernos Civitas, Madrid, 1981).

¿Cuál fue entonces el motivo de su ausencia en este panel? Pues nada menos que la necesidad de que fuera Gordillo el integrante argentino del panel sobre "El derecho administrativo frente a los procesos de integración" (otro tema de sus desvelos: las fuentes supranacionales de la disciplina), junto a los distinguidos catedráticos de otros países del Mercosur: Celso Antonio Bandeira de Mello, de Brasil, y Mariano Brito Cecchi, de Uruguay.

Hecha esta aclaración que, a la par, constituye mi homenaje a la obra doctrinaria y docente de Gordillo, no quiero dejar de señalar que Agustín viene dictando —entre otras— la asignatura "Audiencias Públicas" en la Carrera de Especialización organizadora de este Seminario y *haciendo vivir a los abogados cursantes la experiencia de esta forma de participación ciudadana de tanta importancia en el derecho contemporáneo.*

Bajo su propia dirección, los alumnos ya han organizado y llevado a cabo con señalado éxito tres audiencias públicas en esta Facultad: las dos primeras sobre "Sistemas de evaluación docente en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública", en 2001 y 2002, y la última, en el año

2003, sobre "La conveniencia de incluir la enseñanza obligatoria de idiomas en la Carrera de Abogacía", en el ámbito de la Comisión de Enseñanza del Consejo Directivo de la Facultad.

Gracias, Agustín, y perdona esta involuntaria "usurpación". Bien sabes, aunque no siempre te lo diga, que he sido toda la vida una admiradora de tu obra.

MARÍA GRACIELA REIRIZ

REFORMA DEL ESTADO Y REFORMA ADMINISTRATIVA

por GRACIELA GUIDI *

I. EL CONTEXTO

El abordaje del amplio tema incluido en este panel requiere de algunas descripciones sobre el contexto sociojurídico que lo contiene, y que servirán para hacer explícito el diagnóstico desde el cual formularé mis reflexiones. Cabe aclarar que dichas descripciones apuntan a la realidad argentina, aun cuando pudieran aplicarse a otros entornos.

Desde hace aproximadamente dos décadas, diversos factores han producido cambios considerables en el *modus vivendi* de la sociedad.

Las transformaciones operadas en la vida familiar [1] y social, y en los modos de producción de bienes y servicios, el impacto de las comunicaciones sobre la educación, la cultura y la economía, ha generado *pari pasu* inestabilidad en los habituales patrones de conducta individuales y sociales, y en las estructuras institucionales que gobernaron décadas pasadas.

Los cambios en los métodos tradicionales de producción, típicos de la sociedad industrial, así como la progresiva y constante sustitución de los hombres por las máquinas, están provocando profundas desigualdades sociales y particularmente nuevos espacios de pobreza, como también oportunidades de ascenso y movilidad social en otros segmentos. La proporción entre segmentos sociales que mejoran su situación y aquellos excluidos y pobres, no guarda equilibrio y es dependiente tanto de la democratización y calidad del sistema educativo como de la gestión pública de medidas de reconversión de las destrezas ocupacionales.

* Coordinadora Académica de la Carrera Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Facultad de Derecho, UBA.

[1] La incorporación deseada y ahora realmente necesaria de la mujer al mundo del trabajo es uno de los factores que ha provocado cambios en la vida familiar, no debidamente resueltos aún, ya que no ha sido acompañada de una adecuación de los roles y valores hacia el interior de la familia, lo que en muchas oportunidades es causa de conflictos, que terminan en disoluciones, en las que la situación de los hijos y la consiguiente asunción de responsabilidades provoca inestabilidad social y ruptura del orden institucional antes existente.

Frente al fenómeno de la globalización, fundamentalmente liderado por el sector financiero, se afirman reivindicaciones locales, grupales, a veces fundamentalistas, que configuran poblaciones altamente fragmentadas social y territorialmente.

El denominador común de esta fragmentación social es una actitud de descreimiento y falta de confianza entre sus integrantes y hacia las instituciones y gobernantes. También, desde lo positivo, la necesidad de participar y ser escuchados en sus requerimientos y propuestas.

A los cambios señalados, que no agotan la enumeración que nos revela la observación de la realidad, se agrega que los valores sustentados precedentemente por el orden social y jurídico son cuestionados en su operatividad concreta. Se invoca la justicia social, la seguridad jurídica, la solidaridad, la confianza, el respeto por la palabra empeñada, la democracia, pero se exige calidad en los procesos públicos que tienden a concretar dichos valores.

La política tradicional y los exponentes de la desviada "partidocracia", por la distancia creciente entre los espacios institucionales y sociales, no brinda las respuestas esperadas para articular la sociedad y reencontrar la identidad en la multiplicidad de sectores e individuos. Sus "soluciones" aparecen distantes y, por lo tanto, incapaces de transformar la realidad. En los últimos tiempos, los políticos han olvidado el rol estratégico que les cabe en la construcción y en el desarrollo de un país, para coyuntural y erráticamente aportar proyectos tecnocráticos y supuestamente despolitizados y eficientistas que han producido un fracaso tras otro en la gestión de los intereses públicos.

La breve descripción precedente conduce a la necesidad de preguntarnos qué sociedad y qué valores darán fundamento a la Reforma del Estado y cuál será la Reforma Administrativa consecuente.

II. Reforma del Estado

La Reforma del Estado implica una nueva forma de distribución de los espacios de poder en la sociedad, considerando al Estado como instancia de regulación de las actividades socioeconómicas y como árbitro de conflictos actuales o potenciales, latentes o manifiestos.

Igualdad, libertad y solidaridad de todos los habitantes, han sido los presupuestos fundantes del rol del Estado de Derecho, contenidos en el principio de legalidad, cuyo fiel cumplimiento por parte de los poderes públicos constituyó límite de su obrar y condición de su legitimidad representativa.

Sin embargo, el acontecer histórico puso de manifiesto que los citados presupuestos contenidos en las normas fundamentales eran sólo formales y su vigencia: retórica e incorporada en la dogmática jurídica con criterio de verdad científica.

Nace entonces en el siglo XX el denominado Estado de Bienestar que acentúa los poderes regulatorios y de árbitro social del Estado con el objeto de concretar la vigencia de los presupuestos de igualdad y solidaridad, permitiendo de esa manera una auténtica libertad para todos.

Los éxitos logrados en un principio por ese nuevo Estado se fueron diluyendo paulatinamente por diversas causas internas al sistema y externas al mismo.

La acentuación de la presencia del Estado en las actividades de la sociedad civil produjo una ampliación exponencial de las burocracias, excesivamente sectorizadas, con un incremento notable de las regulaciones, constituyendo en árbitro del bien común al funcionariado cada vez más numeroso y más inclinado a otorgar excepciones a las normas con fundamento en el mismo bien común.

La subvención mal dirigida fue aprovechada por los más fuertes y se constituyó en la trampa de la pobreza.

Los avances tecnológicos, particularmente en el campo de las comunicaciones, y la progresiva globalización de la economía, desterritorializaron la producción pero al mismo tiempo generalizaron hábitos de consumo que no se correspondieron con el desarrollo de las economías locales.

En realidad, el bienestar devino sólo en un dato del ingreso promedio per cápita, no siempre acompañado del incremento de la educación, la cultura y la salud, aspectos éstos cruciales para asegurar la igualdad, la solidaridad y, por lo tanto, la libertad de las personas.

La creciente pobreza y el progresivo alejamiento de ese Megaestado respecto de la sociedad civil planteó problemas de supervivencia económica y política y aceleró transformaciones que venían siendo postuladas por los sectores neoliberales.

Privatización, desregulación, descentralización fueron, entre otras, las consignas que condujeron a una reducción de los roles del Estado, signadas exclusivamente por recetas aportadas por los modelos económicos imperantes.

Las teorías que determinaron las transformaciones del Estado pasaron de las "fallas del mercado" que fundaron el Estado de Bienestar, a las "fallas del Estado" que determinaron la crisis de éste y la salida neoliberal [2].

[2] Diversos documentos emitidos por el Banco Mundial y reuniones internacionales incorporaron los criterios que paulatinamente se fueron instalando en las sucesivas corrientes de la Reforma del Estado. Básicamente estos documentos contienen tres diferentes concepciones sobre el papel del Estado y sus intervenciones:

1. *Reducción del Estado:* Informe Banco Mundial (1989) sobre la base de ajustes fiscales y macroeconómicos a partir de las negociaciones del Fondo Monetario Internacional con los gobiernos latinoamericanos. Se propusieron procesos de descentralización y desconcentración administrativa; privatización de empresas públicas; reforma laboral orientada hacia la flexibilización; acciones sociales meramente subsidiarias y compensatorias y desregulación de las actividades privadas.
2. *Estado moderado:* Informe Banco Mundial (1993). Ante el fracaso y la creciente

No obstante, la propuesta de retornar al mercado como distribuidor de la renta implicó caer nuevamente en la falsa dicotomía entre Estado y Sociedad Civil que, en definitiva, ha incrementado el número de excluidos del sistema.

El movimiento pendular Estado-Mercado ocurrido durante el siglo XX, estuvo signado por valores económicos, desdibujándose aquellos valores esenciales a la persona y que sustentan la vida comunitaria. La aparición, en la currícula universitaria y en el mundo académico de la disciplina de los Derechos Humanos da cuenta de la necesidad imperiosa de exaltar la dignidad, el honor, la no discriminación y la solidaridad como los bienes fundamentales a ser protegidos por el orden jurídico.

III. La organización administrativa

A la altura de estas reflexiones, parece importante refrescar algunos conceptos en torno a la noción de organización administrativa.

En primer lugar, una organización no es otra cosa que la articulación entre recursos humanos y materiales en orden a la realización de determinados fines, por lo que el elemento finalista es el que otorga sentido a dicha articulación.

En su obra *Las bases del derecho administrativo*, Sabino Cassese, al tratar este tema, señala que los fundadores del derecho administrativo alemán, en particular Otto Mayer, excluyeron de su estudio a las cuestiones inherentes a la organización administrativa, en virtud de que sus principios y preceptos permanecían en el interior de la Administración, sin efectos sobre la colectividad, en términos de derecho y deberes.

Explica el autor citado que las causas de esta exclusión se comprenden fácilmente si se considera que el derecho administrativo tiene sus raíces en el liberalismo, interesado fundamentalmente en la relación entre los individuos y el Estado, para establecer garantías de los primeros frente al segundo, así como

---

pauperización producida por las precedentes recomendaciones, este segundo informe propone mayor intervención del Estado aunque acotada a asuntos sociales, a través de programas focalizados para la atención de cada área social. Se promueve una mayor participación privada en actividades públicas tales como vivienda, salud, educación, medio ambiente, supervisada por el Estado.

3. *Intervencionismo dinámico:* Informe Banco Mundial (1997). Se replantea al Estado como promotor y articulador del desarrollo socioeconómico. Se propone una reestructuración institucional y funcional sobre la base de acciones orientadas a la *coordinación intra* Estado y con el sector privado, y a la *redistribución* de los recursos fiscales para la descentralización de los servicios sociales. No se limita la intervención estatal, pero se la subordina a la capacidad de recaudación fiscal (cont. Flores Alfonso, María de Lourdes, *Reforma del Estado y reforma administrativa*).

prerrogativas del Estado frente a los individuos. En efecto, el problema central a resolver era el conflicto entre autoridad y libertad [3].

Bien es cierto que luego el prestigioso jurista italiano refiere la importancia de las normas organizativas respecto del ciudadano en el hecho de que éstas determinan competencias y procedimientos de cuyo cumplimiento o no deriva la validez y eficacia de las decisiones que trascienden la esfera de la organización para impactar sobre el haz de derechos y deberes de los particulares.

No se agota en este último aspecto la importancia del orden normativo organizacional, ya que el estudio de la organización de la Administración Pública en un determinado momento y país refleja qué transcendencia relativa se otorga a cada uno de los fines del Estado, pero también cómo se resuelve la vinculación entre esa Administración y la Sociedad.

Es decir, no es indiferente al estudio de la organización administrativa el análisis de los recursos humanos (funcionarios y población, y el diálogo que se produce entre éstos) y la asignación de recursos materiales, extremos ambos que permitirán el diagnóstico sobre el cumplimiento del fin.

Existe una ajustada, aunque muchas veces no explícita, correspondencia entre la denominada Reforma del Estado y la consecuente reforma administrativa.

Términos que, como se viene planteando, refieren a dos problemáticas distintas —aun cuando interconectadas coherentemente—, y a veces son utilizados como sinónimos.

En efecto, como consecuencia del citado movimiento pendular experimentado durante el siglo XX, que a veces optó por dar poder al Estado y otras amplió el espacio de poder del Mercado, la llamada Reforma Administrativa también osciló entre una ampliación o debilitamiento (lamentablemente sin siquiera reducción) de las estructuras administrativas.

La reforma administrativa en realidad era la reforma de las estructuras orgánicas, su misión y funciones y su dotación de personal.

Desde esta perspectiva, la mentada reforma administrativa fue realizada por técnicos que limitaron sus objetivos a ampliar o reducir, y a veces meramente a cambiar el nombre y/o la ubicación jerárquica de oficinas y departamentos motivados, en el mejor de los casos, por evaluaciones presupuestarias (económico-financieras), y en otro gran número de casos por razones personales y puntuales de mejoramiento jerárquico, dando como resultado documentos desconocidos por la mayoría de los funcionarios y empleados, e inaplicados aun por quienes los conocían.

[3] Afirma Cassese: "Se es consciente del hecho de que las normas organizativas producen efectos también en las relaciones con los ciudadanos. La disciplina organizativa, en efecto, distribuye poderes entre las unidades administrativas y tiene, por tanto, una importancia capital en la fijación del peso de cada organismo en relación con las demás unidades administrativas y en relación con los ciudadanos".

La elaboración y readecuación de estructuras se convirtió en una especialidad, adquirió una terminología propia y, por consiguiente, la reforma administrativa se vació de contenido político, es decir, no se planteó las preguntas básicas: ¿Qué sociedad? ¿Qué Estado? ¿Qué valores? ¿Qué proyecto? ¿Qué cambio? ¿Hacia dónde?

La asimilación entre reforma administrativa igual a modificación de las estructuras orgánicas y de los estatutos y escalafones del funcionariado subsistió a pesar de la buena fe y de las buenas intenciones de los jerarcas de turno, generalmente asesorados por consultores con poco o ningún trabajo de campo. Por supuesto, los resultados fueron cambios de denominaciones y la organización permaneció igual. Sin reforma.

Frente al fracaso de las reformas meramente organizacionales, los estudiosos del tema pusieron el acento antes que en las estructuras burocráticas en la *gestión* e incorporaron una nueva denominación: la "Nueva Gestión Pública", con su sigla: NGP o *New Public Management* (NPM), dentro de cuya conceptualización se incluyeron diversos enfoques del problema, pero cuyo elemento característico ha sido lograr mayor eficiencia en los denominados "negocios públicos" mediante técnicas de gestión similares a las aplicadas en el sector privado.

El crecimiento de las "agencias" como organismos autónomos a los que se transfirieron cuotas importantes de poder con aligeramiento de los controles tradicionales, el acento sobre los "procesos" de adopción de decisiones, la desregulación y flexibilización de la carrera administrativa, fueron los primeros bastiones conquistados por la Nueva Gestión Pública.

Pero una segunda ola de criterios de reforma tuvo que abordar el problema de los controles y la consecuente responsabilidad de los funcionarios y, en tal sentido, se generó la noción de *desempeño* con el objeto de medir mediante índices previamente elaborados la eficiencia con que el gobierno cumple sus tareas.

Asimismo, se incorporaron sistemas de *control "ex post"* de la actividad de los funcionarios en la gestión de los intereses a su cargo.

En definitiva, se entendió necesario regresar a sistemas que nuevamente pusieran el acento en la responsabilidad o *accountability*.

La característica de estas últimas décadas ha sido la preocupación constante de los gobiernos por implementar reformas administrativas, dato que resulta encomiable y digno de apoyo.

Los procesos de reforma administrativa buscaron mejorar la calidad del servicio público e introdujeron la sustitución del término "usuario" por el de "cliente".

Al evaluar los magros resultados de las reformas administrativas, muchos autores destacan que "la ciencia administrativa" aún no se ha desarrollado lo suficiente como para proporcionar una asesoría "científica" que oriente adecuadamente los procesos de reforma.

Si bien esto es cierto en parte, el punto central del poco éxito obtenido reside en la circunstancia de que dichos procesos, por razones partidistas, técnicas o de otra índole, resultaron un fin en sí mismo, vinculado a la alternancia antes señalada de otorgar poder al Estado o al Mercado, sin incluir en el análisis los procesos de transformación de la sociedad que estaban ocurriendo tanto a nivel local como planetario [4].

Para dar respuesta a esta última cuestión surge un nuevo paradigma: la *public governance*, centrado en el desarrollo de las capacidades de gobernabilidad, atendiendo a la progresiva internacionalización de muchas problemáticas nacionales, a la preservación del ambiente, al desarrollo tecnológico y a la cultura de la individualidad, propia de la fragmentación social creciente.

Para afrontar los problemas descriptos, de carácter complejo y que originan este nuevo paradigma, se desarrollan criterios de reforma basados en una cooperación más acentuada entre lo público y lo privado, que deriva en mayor interacción entre las acciones gubernamentales y de la sociedad civil, y en la promoción de formas de autoorganización a nivel social, estimulando particularmente el sector no gubernamental.

¿Será ésta sólo una "nueva ola" de reforma, o realmente el nuevo paradigma generará el cambio epistemológico necesario para la comprensión de la realidad y, consecuentemente, para emprender una verdadera transformación?

IV. Los procesos de reforma en la Argentina. Breve evaluación crítica

Nuestro país no ha sido ajeno a los "movimientos de reforma".

Aunque haremos referencia a los criterios que impulsaron cambios en la última década, queremos destacar como una de las herramientas innovadoras de los años setenta, la sanción del régimen nacional de procedimientos administrativos que, paradójicamente aprobado durante un gobierno de facto militar, recogió la jurisprudencia administrativa emanada de la Procuración del Tesoro de la Nación, que venía abriendo interesantes cauces a la defensa del administrado; más allá de algunos aspectos que merecieron la crítica de la doctrina, su valor fue esclarecer con conceptos casi pedagógicos dirigidos a la burocracia, el procedimiento de emisión e impugnación administrativa y judicial de actos y reglamentos. Abrió a los habitantes una etapa de control de legalidad de la actividad de la Administración Pública.

[4] "Las desventajas de la "modernización" (del Estado) son su estrecha visión que reduce la reforma a las acotadas agendas de los gobiernos y organismos internacionales y sus efectos en el aparato estatal están aislados del contexto social", en Flores Alonso, María de Lourdes, *Reforma del Estado y Reforma administrativa*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, México, 2003.

En marzo de 2003, la Jefatura de Gabinete de Ministros publicó un documento denominado "Perspectivas de la Gobernabilidad Democrática en la Argentina", como resultado de sucesivas reuniones de trabajo desde setiembre de 2002, organizadas por dicha Jefatura y en la que participaron más de setenta expertos de nuestro país.

En el prólogo de dicho documento se esboza un primer diagnóstico al expresar: "La experiencia democrática argentina de los últimos años está poniendo de manifiesto una crisis del sistema de representación que se expresa en la creciente desconfianza de la ciudadanía con respecto a los modos de formulación de políticas públicas y de toma de decisiones en los diferentes niveles y estructuras del Estado".

En la Mesa de Análisis de Tensiones en las Funciones y Organización del Estado Nacional, cuyas conclusiones están publicadas en dicho documento, puede encontrarse una síntesis de las políticas de reforma estatal y administrativa aplicadas en las últimas décadas al amparo de diversas inspiraciones (o ideologías). Menciona el documento:

"1. Profundas redefiniciones de los roles del Estado y relaciones frente al mercado y la sociedad civil.
"2. Políticas de desregulación de vastos sectores económicos y sociales.
"3. Procesos de privatización de empresas públicas y concesión de servicios.
"4. Transferencia de funciones y servicios a las provincias y municipios y a la sociedad civil.
"5. Reducción general del tamaño y del gasto del sector público.
"6. Reformas en los sistemas de administración financiera y del personal.
"7. Implantación de nuevas tecnologías de gestión, información y comunicación.
"8. Nuevos modelos de participación y control de usuarios y organizaciones del tercer sector".

Sin embargo, las medidas referenciadas no produjeron los cambios augurados. En tal sentido, se explica en el mismo documento:

"[...] esas experiencias de reforma carecieron de acuerdos fundamentales entre los distintos actores políticos y sociales, y entre los distintos niveles del Estado, desarrollándose en el marco de la determinación unilateral y la falta de bases amplias de consenso de las reformas, conspirando contra la continuidad y coherencia de una política de Estado".

Concomitantemente, en mayo de 2002, la Subsecretaría de Gestión Pública, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, a través de la Dirección de Planeamiento y Reingeniería Organizacional, produce un documento con el

objeto de implementar progresivamente el "Sistema de Gestión por Resultados", expresando: "Mediante su aplicación, se tiende a dotar al conjunto de la Administración Pública de un modelo y un conjunto de metodologías y técnicas diseñadas para lograr consistencia y coherencia entre los objetivos estratégicos del Gobierno y los planes de cada uno de los organismos".

El sistema de gestión por resultados se fundamenta en cinco ejes rectores:

- Optimización de recursos-productividad.
- Innovación tecnológica.
- Transparencia.
- Calidad de servicios.
- Participación y control ciudadano.

Expresa el citado documento que su centro de atención está en la "sistematización de las acciones y la medición del desempeño de la gestión pública en función de la relación *insumos* (humanos, financieros, materiales), *productos* (bienes y servicios), *resultados* (impacto en la sociedad)".

Está compuesto por dos subsistemas:

- Un *subsistema de responsabilización* y como instrumentos:
  - — Acuerdos - Programa (Compromiso de desempeño institucional).
  - — Compromisos de Resultados de Gestión.
  - — Compromisos con los ciudadanos.
- Un *subsistema de gestión* compuesto por:
  - — Planeamiento estratégico y operativo.
  - — Arquitectura organizacional.
  - — Presupuesto por programas.
  - — Estímulos e incentivos.
  - — Monitoreo y Evaluación.
  - — Rendición y Petición de Cuentas.

En agosto de 2003, ya durante la gestión del actual gobierno, la Subsecretaría de la Gestión Pública, a través de la Dirección de Planeamiento y Reingeniería Organizacional, publica un interesante documento sobre Planeamiento Estratégico, cuya finalidad, según se expresa en la Introducción es "aportar un enfoque conceptual y algunas herramientas técnicas para percibir y desarrollar acciones con mayor eficacia en un contexto complejo", y obviamente apuntando a la resolución de la "*situación de crisis que vive el Estado hoy*", en las propias palabras del material en examen.

Es decir, a fines de 2003, el propio Gobierno reconoce expresamente la crisis que vive el Estado y de la Administración Pública como una parte de éste.

El diagnóstico precedente, compartido por los decisores políticos, seguramente ha servido como fundamento para la sanción, en diciembre de 2003, del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1172/2003, denominado Acceso a la Información Pública. Sin referirnos a su contenido, que es objeto de análisis de la Dra. Reiriz, enunciamos los capítulos que aprueba, ya que orientan sobre la direccionalidad de los cambios que propone y sin emitir juicio sobre su actual vigencia en la práctica:

- Reglamento General de Audiencias Públicas.
- Publicidad de la gestión de intereses.
- Elaboración participativa de normas.
- Acceso a la información pública.
- Reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.
- Acceso libre y gratuito vía Internet al Boletín Oficial.

Los profesionales del derecho no estamos exentos de responsabilidad en lo que respecta a los fracasos de las reformas.

En efecto, hemos acompañado las propuestas de los técnicos y especialistas en administración, así como las iniciativas de los políticos, diseñando proyectos de normas que determinaban un "deber ser" más o menos sostenible desde el punto de vista jurídico, pero no "sustentable" desde una correcta apreciación del "ser".

Es que también nuestra disciplina científica requiere de una nueva epistemología o, por lo menos, del reconocimiento expreso de las limitaciones que enfrenta el conocimiento jurídico, con el objeto de desmitificar la presunta "certeza" del derecho o su valor de verdad absoluta.

Ocurre que quienes no son profesionales del derecho calman su ansiedad recurriendo al jurista para que plasme en normas y conceptos jurídicos sus iniciativas de cambios; consecuentemente, el abogado, para calmar esa ansiedad, transmuta su condición en la de redactor especializado y produce textos que adquieren entidad, pero cuyo valor movilizador es nulo o casi nulo en la medida en que no se compulsaron las condiciones socioculturales, psicosociales, económicas y ambientales sobre las cuales debía operar el nuevo orden normativo.

Esto ha sido moneda corriente, por lo menos en materia de reforma del Estado y reforma administrativa.

El maestro Alejandro Nieto [5], en una obra estelar, ha desarrollado con profundidad las graves limitaciones epistemológicas de las que adolece el conocimiento jurídico, incitando al jurista a "perder la arrogancia de la verdad y a desprenderse del orgullo del dogmatismo". Pero destacando su carácter de saber funcional para la consecución de determinados objetivos sociales que agrego,

[5] Nieto, Alejandro, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta SA, Madrid, 2003.

sólo pueden alcanzarse parcial y progresivamente cuando se abordan desde la complejidad, propia de la realidad social, respecto de la cual pretenderán eficacia.

V. Aportes para el rediseño institucional

Me atrevo ahora a formular algunas conclusiones:

La reforma administrativa requiere una previa, clara y consensuada conceptualización sobre los alcances y valores fundantes de la Reforma del Estado, en tanto la reforma administrativa se constituirá en una de las manifestaciones de ésta.

Al referirme a los ejes de la Reforma del Estado, no puedo dejar de citar a dos economistas, que escriben en distintas épocas, pero entre los que existe una coincidencia, aunque ajena a meros guarismos numéricos.

Joseph Stiglitz [6] concibe el desarrollo como un *proceso de transformación de la sociedad* cuyo *núcleo* es un *cambio en las predisposiciones mentales*, por lo que afirma que *la participación es esencial* para efectuar el cambio sistémico de mentalidad. Concibe Stiglitz esa *participación desde la formulación y operatividad de los proyectos de desarrollo*, no sólo por el aporte de conocimiento que hacen los propios actores, sino por el nivel de compromiso que éstos adquieren y el mayor nivel de esfuerzo que correlativamente estarán dispuestos a realizar. El mayor cambio es el crecimiento del conocimiento, y el conocimiento se adquiere haciendo.

En esta línea de pensamiento, Stiglitz afirma que el desarrollo social fomenta el desarrollo económico, y no necesariamente a la inversa. El desarrollo social implica una mayor confianza y responsabilidad.

Coinciden las expresiones de Stiglitz con el trabajo de un académico francés, Alain Peyreffite, que en una obra titulada *La sociedad de la confianza*, revisa y critica las explicaciones que se han dado hasta ahora para comprender el desarrollo de las naciones y el porqué del éxito de los sistemas económicos, y propone una nueva forma de entenderlo: en algunas naciones occidentales se organizaron sociedades que apostaron a la confianza, a la capacidad creadora, a la responsabilidad, a la innovación y a la solidaridad de los seres humanos.

Expresa Peyreffite: "*La sociedad de la confianza* es una sociedad de expansión, ganador-ganador (si tú ganas, yo gano); sociedad de solidaridad, de proyecto común, de apertura, de intercambio y comunicación".

La Reforma del Estado implica un proceso de transformación de la sociedad, motorizado por una genuina y operativa participación en la base misma de

[6] Stiglitz, Joseph, "Participación y Desarrollo: Perspectivas desde el paradigma integral del desarrollo". Conferencia pronunciada en 1999, publicada en Internet por el Instituto Internacional de Gobernabilidad.

la construcción de los proyectos y atendiendo a recrear la confianza y solidaridad entre los integrantes de la sociedad y hacia el poder del Estado.

Pero, volviendo nuestra mirada hacia el contexto que describimos al comienzo, nuestra población está fragmentada social y territorialmente, por lo que es necesario abordar su complejidad partiendo del reconocimiento de la diversidad para superar la subjetividad fragmentaria de muchos y alcanzar la intersubjetividad concertada de quienes participan.

Tal comprensión no es unidisciplinar, sino transdisciplinar, e implica, frente a cada proyecto, acción o problema, integrar e intersectar las múltiples variables que operan sobre la realidad.

En tal sentido, no existen instrumentos para la Reforma del Estado, sino procesos, no siempre homogéneos en distintos tiempos y espacios institucionales, pero con identidad de horizonte estratégico (Desarrollo social - Construcción participada - Generación de confianza).

Desde esta perspectiva, la construcción de las instituciones jurídicas que acompañen esos procesos aplicarán una metodología igualmente participativa que, sin desdeñar el saber de los juristas ni obviar los grandes principios generales del derecho, incorpore a las mismas los requerimientos que surgen de la realidad social de que se trate.

Concordantemente, se considera errónea la recurrencia a modelos para la reforma administrativa. También es un proceso coherente con la Reforma del Estado, en el cual a la participación de la sociedad civil se suma la de los diversos niveles del funcionariado. También en este proceso es necesario contemplar todas las variables que condicionan y/o promueven la necesidad de la reforma y de dicha consideración surgirá la construcción de nuevos proyectos e instrumentos para gestionar los intereses públicos, no homogéneos, distintos en áreas, tiempos y espacios, pero concertados, comprendidos y, por lo tanto, seguramente aplicados por actores y destinatarios.

El control interno y social de la Administración requiere conocer el proyecto previamente acordado.

Las preguntas iniciales de cada proceso serán: ¿Qué sociedad? ¿Qué valores? ¿Qué Estado? ¿Hacia adónde?

CAPÍTULO IX

LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN

LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN

por ALEJANDRO NIETO GARCÍA*

1. Vaya por adelantado que el honor de estar aquí y de hablar sobre corrupción pública tiene para mí una singular importancia, habida cuenta de que en mi país se me dan cada vez menos oportunidades de hacerlo. Porque en las organizaciones oficiales de España decididamente no gusta mi pensamiento en esta materia, ya que allí lo que se lleva —lo políticamente correcto— son los planteamientos éticos edulcorados, la publicidad de los "códigos de comportamiento" de impronta anglosajona que pretenden hacer frente a la corrupción funcionarial haciendo precisiones sobre lo ilícito y lo permitido, puesto que entienden que el funcionario corrupto no peca por malicia, sino por ignorancia, es decir, por no saber que, si le es lícito aceptar un bolígrafo, no le es permitido aceptar el regalo de un televisor. Con estos códigos —que políticos y académicos eminentes están redactando con facilidad y celo (sobre todo si saben traducir del inglés)— que cuentan con el apoyo de todos los partidos y aun de los profesores de la llamada ética social, se da por supuesto que con la ayuda de un buen papel en un fin de semana, o poco más, puede limpiarse la Administración Pública de la vieja roña de una corrupción centenaria de raíces harto profundas. Mas yo no pertenezco a esta falange de bienintencionados ni me gusta afrontar los problemas de España con recetas americanas.

Claro que también existe una corriente crítica igualmente bien vista por el Poder. Crítica, ciertamente, mas referida a la inmensidad del planeta, sin acercarse ni mucho ni poco a España. Aquí, como en lo anterior, el dominio doctrinal americano es absoluto. Lo que se dice y escribe rezuma una bibliografía en la que se analizan empíricamente las situaciones de Camerún, Bolivia o Vietnam, poniendo de manifiesto la globalización del fenómeno y lo que económicamente

* Profesor de la Universidad Complutense de Madrid.

representa para países en vías de desarrollo incapaces de asimilar la sana cultura pública occidental. Los autores españoles se encuentran cómodos en este ambiente, porque cómodo es hablar —sin compromiso personal alguno— de países lejanos de otros continentes como si a Europa no afectara.

Lo que en cualquier paso parece importante, entre nosotros, es atenerse a planteamientos económicos y sociales generales, nunca políticos y concretos, puesto que esto parece de mal gusto y no es bien recibido por el Poder político, quien es el que organiza y paga este tipo de trabajos. Quien se refiere a la corrupción española con datos concretos y con nombres y apellidos termina apartado de la comunidad oficial y de las subvenciones académicas y paraacadémicas, pues se considera que hablar de la corrupción española es denigrar a la democracia española. La corrupción debe ser, en definitiva, una cuestión exquisitamente académica y abstracta, que, de existir en nuestro país, tendría un carácter esporádico, excepcional, como una desviación del funcionamiento normal de las instituciones políticas, que de hecho —también esto conviene proclamarlo sin poder alguno— se está combatiendo con eficacia desde la Fiscalía anticorrupción y desde el Tribunal Supremo de Justicia.

En este panorama puede explicarse el rechazo que en los medios oficiales hubo de experimentar mi libro sobre *Corrupción en la España democrática*, escrito mirando de frente a la realidad por un ávido lector de Grondona, Carnota, Cincunegui, Reato, Soriano, Verbitsky, y tantos otros maestros argentinos del bisturí analítico, que lógicamente fue condenado por suponer una agresión a la imagen nacional e internacional de nuestro país, quebrantando la prudente regla de que hay que lavar la ropa sucia dentro de casa. Y con este reproche oficial he terminado siendo definitivamente apartado de los foros públicos. De aquí la importante significación que tiene para mí la participación en este Seminario, como he dicho al principio.

2. El título que se ha asignado a mi ponencia inequívocamente advierte que su tema es la "Función pública", es decir, la que afecta a los funcionarios públicos, a la capa ejecutiva de las Administraciones públicas, y no a la capa superior de directores, a la clase política. De esta manera, la cuestión queda más centrada y su tratamiento más manejable en el reducido marco de un seminario. Quiero que conste, sin embargo, que la corrupción funcionarial y la corrupción política son las dos caras de una misma moneda, y que una sin la otra son inimaginables. Tal es, consecuentemente, la primera tesis de mi intervención: la *corrupción funcionarial depende estrechamente de la corrupción política*. Por aquí vamos a empezar.

3. La incidencia de la corrupción política sobre la funcionarial se desarrolla en distintos niveles superpuestos.

1ª. La incidencia más elemental, la que inmediatamente salta a la vista, se deriva de la circunstancia de que, a la hora de actuar corruptamente, casi siempre ha de haber un funcionario que actúe como cómplice o cooperador necesario (en estrictos términos jurídico penales) del autor político. Cada maniobra de corrupción política precisa de ordinaria la complicidad o la cooperación de un funcionario que, como mínimo, ha de redactar informes "técnicos" de cobertura y en ocasiones es el que materialmente la ejecuta. El funcionario proporciona, en suma, la hoja de parra con la que se pretende disimular la escandalosa figura de la corrupción desnuda.

En su consecuencia, el político ha de comprar a algún funcionario para que le ayude, como también ha de pagar tal ayuda. Pago que puede realizarse de muchas maneras:

— En ocasiones cediendo pura y simplemente una participación en las ganancias; ésta es la fórmula más sencilla, pero también la más dolorosa para el político, a quien no ha de gustar ceder sus beneficios personales, habiendo como hay otros métodos que le salen gratuitos, puesto que quien paga es la Administración Pública.
— En ocasiones es, en efecto, el pago aplazado de un favor concedido con anterioridad; esto es muy frecuente: el político coloca en un lugar clave a un funcionario de su confianza sabiendo que podrá contar con su agradecida ayuda cuando le haga falta; no hay necesidad, por tanto, de pagar al contado, es la liquidación de una deuda pendiente.
— En ocasiones el pago sale también gratis porque el funcionario complaciente es compensado con un ascenso o un buen destino, que de paso sienta la base para una colaboración futura permanente;
— Y en ocasiones, en fin, el pago es aún más perverso, puesto que se expresa en una tolerancia para que el funcionario pueda hacer sus propios negocios personales con absoluta impunidad.

2ª. Dejando ya a un lado los pactos concretos, la generalización de la corrupción funcionarial es consecuencia de la relajación generalizada de los vigilantes políticos. La pasividad del control político asegura la impunidad de los infractores, por lo que debe ser calificada sin paliativos de un fomento directo de la corrupción funcional. Pasividad que es fruto de la falta de voluntad y de autoridad por parte de los controladores políticos. Porque, en verdad, es comprensible que los políticos corruptos no tengan el menor interés en reprender a los inferiores (cuanto menos se hable de estos asuntos, mejor) y, en caso de que lo pretendieran, carecerían de autoridad para hacerlo. Una mano lava la otra, un silencio corresponde a otro, y mirando cada uno a un lado distinto, todo funciona mejor.

Claro que también se conocen excepciones a este comportamiento habitual. Casos en los que un político corrupto hasta los tuétanos ha exigido una rigurosa limpieza a sus subordinados.

Por citar un conocido ejemplo histórico, el Cardenal Mendoza, el gran reformador de la Iglesia castellana en el siglo XVI, el que reordenó conventos y monasterios, depuró los obispados de simonías, restableció la grandeza de la liturgia y llenó las cárceles de curas amancebados, fue maestro en todos los pecados canónicos seglares: labró una inmensa fortuna y enriqueció a sus parientes, no ofició jamás una misa y vivía en cinco palacios en cada uno de los cuales mantenía una amante oficial. He aquí un ejemplo de licenciado en todas las corrupciones que se encargó de limpiar a la Iglesia castellana de las corrupciones de los demás. Y sin necesidad de ir tan lejos, varios ministros económicos del franquismo, a los que correspondió la meritoria tarea de sanear el comercio internacional, tuvieron a gala evitar con rigor extremo cualquier clase de corrupción de sus funcionarios. "En este ministerio —fue un lema bien conocido— sólo puede hacer negocios el propio ministro".

Estas conductas forman parte, en cualquier caso, de la patología de la corrupción, de excepciones más o menos pintorescas, que obedecen de ordinario a dos tipos de razones: en unos casos, para dar sensación de honestidad, que robustece la limpia imagen del protagonista; y en otros, para que no amengüe el botín del que beneficiarse, puesto que es claro que ha de haber más si ningún otro lo toca. Es curioso, en suma, que a veces las manos que limpian estén tan sucias.

Una última consideración sobre este punto. Demostrada la dependencia de la corrupción funcionarial respecto de la corrupción política, las conclusiones parecen evidentes: allá donde veamos que hay corrupción funcionarial (desde la humilde mordida de un agente de tráfico hasta la compra de una licencia urbanística) podemos legítimamente sospechar que arriba hay otra corrupción política de superior envergadura y, por lo mismo, cuando no hay corrupción política, es más fácil afrontar la corrupción funcionarial que se haya escapado al ojo vigilante del político controlador.

4. La corrupción funcionarial —un fenómeno tan simple en apariencia— es de hecho bastante complicada y para entenderla conviene recordar sus orígenes, que son muy antiguos: tanto que bien puede decirse que la corrupción nace al mismo tiempo que la organización y que la corrupción funcionarial específica nació desde el mismo momento en que empezó a haber funcionarios. Porque lo que hoy llamamos corrupción fue en su origen —y ha sido siempre y todavía sigue siéndolo— una forma de retribución.

No es obvio ni mucho menos que cobre una retribución del Estado el que para él trabaja. Antes, al contrario, la regla inicial era la gratuidad: *dulce et decorum est pro patria laborare*. La gestión pública era en la Roma republicana una carga similar a la de servir en el ejército en caso de guerra. Y cuando a partir del siglo I a.C. empezaron a cobrar los legionarios voluntarios, no les pagaba la república, sino su general, es decir, se trataba de ejércitos estrictamente privados

que un político ponía disposición del Senado. Pero, nótese bien, este general no percibía nada del Senado, a pesar de los enormes costes que representaba levantar y mantener unas legiones. Su retribución era de naturaleza muy distinta. El Senado resarcía otorgando a los beneficiarios un cargo público que llevaba aneja la tolerancia (léase autorización) para obtener por toda clase de medios ingresos personales. Obtener una gobernación provincial era un certificado de riqueza puesto que, cumplida la obligación de recaudar los tributos legales que se enviaban a Roma, el resto de los ingresos se recaudaba privadamente. Así era como se pagaban los servicios de los prohombres y se les ponía en condiciones de mantener un ejército que nada costaba a la república.

Corrupción, en definitiva, como un sistema de retribución (según acaba de decirse) que se mantuvo más o menos generalizado hasta el siglo XX. En España, al menos, se pagaba a los prohombres políticos con un cargo en América. Esto siempre había sido así en la época virreinal, y todavía en 1890 los militares rehacían sus fortunas en las provincias del Caribe y Filipinas. Esto no se ocultaba en Madrid y menos en las islas, puesto que era una práctica que a todos venía bien. Llegaban los capitanes generales, los terratenientes y comerciantes, les pagaban una enorme cantidad y, a cambio, podían continuar con sus empresas ilegales y sus fraudes de contrabando. Cada una de las piedras de los maravillosos palacios coloniales está tallada con la mano de un esclavo o de un artista mal pagado, pero no hay que olvidar que la argamasa que las sostiene fue la corrupción más desvergonzada.

A partir del siglo XVII, el régimen anterior no era, con todo, el más generalizado, puesto que lo habitual era una versión más moderna, más limpia, que consistía en la legalización de la dominación a través de un sistema de tasas. El Estado seguía sin pagar pero entregaba al funcionario una cédula para que éste pudiera ganarse la vida a costa de los ciudadanos a quienes decía estar sirviendo. En un minucioso trabajo documental que he realizado con mi hermana María del Carmen en los archivos municipales castellanos del siglo XVIII, hemos podido comprobar irrefutablemente que la llamada justicia inferior era un simple aparato para recaudar las rentas con las que vivían los alcaldes, escribanos y abogados. Cinco de cada seis procesos eran arbitrariamente inventados por estos personajes y por ellos cobraban implacablemente los derechos (o tasas) que legalmente les correspondían puesto que no percibían sueldo oficial alguno. Luego, una vez obtenido el beneficio, ofrecían a los interesados cerrar el proceso; lo que todos aceptaban como mal menor una vez que habían pagado tan inicua tasa. De esta forma podía la Corona contar con una densa red de funcionarios sin gastar un solo ducado.

Conste que estoy hablando de una historia nada remota. Yo inicié mi vida pública al servicio, no de la Universidad, sino de un Ministerio y, justo a mediados del siglo XX, mi retribución se descomponía en dos conceptos: por una parte, un sueldo fijo a cargo de los presupuestos del Estado, sueldo mísero que se

completaba con la percepción directa de unas tasas que percibíamos de los particulares a quienes prestábamos nuestros servicios. Tasas legales, por supuesto, tanto en su cuantía como en las prestaciones que daban lugar a ellas. La corrupción empezaba con los mil pretextos que los hambrientos funcionarios nos inventábamos para poder exigir las tasas. Y —como el delito ya ha prescrito y además lo he contado ya en otra publicación— puedo decir aquí que la fórmula más sencilla era cobrar la tasa por una prestación que no habíamos realizado. Nuevamente llegamos a una situación que a todos satisfacía: los ciudadanos se veían libres de nosotros y pagaban con gusto con tal de vernos lejos; mientras que nosotros obteníamos nuestras rentas sin más trabajo que certificar un servicio no realizado y extender un recibo de pago. Un sistema que nadie podía desconocer, empezando por nuestros superiores, a quienes teníamos que dar, naturalmente, una parte de tales tasas (en proporción legalmente determinada, huelga decirlo) para garantizarnos su tolerancia.

Con las reformas administrativas de los años sesenta (que todavía no se llamaban de "modernización") se suprimió aquel régimen, prohibiéndose las tasas cuyo importe se compensó con una subida general de sueldos. Unos años después apareció la corrupción en serio, ya no vergonzante y famélica como antes, sino pura y dura, si bien no generalizada, concentrada en algunos sectores económicos concretos (puesto que en España la que está generalizada es la corrupción política, no la funcionarial). Pero baste con lo dicho, porque el tema de esta Ponencia no es, conocidamente, la corrupción de la función pública española, y lo que trataba de afirmar era la formulación de las prácticas corruptas toleradas como una variante de retribución de los servidores públicos.

5. Al llegar a este punto me apresuro a precisar que lo anterior no debe entenderse como una explicación global del fenómeno de la corrupción funcionarial, que en la actualidad es mucho más complejo de lo que se ha indicado. La corrupción que he llamado "famélica" es una variante significativa, pero no la única, ni la más importante, dentro del cuadro general de las corrupciones. Para analizar con cierta profundidad el fenómeno, resulta imprescindible colocarle dentro de un contexto o, mejor todavía, de unos contextos que explican su existencia y contribuyen a su inteligencia. Porque la corrupción se desarrolla en una serie de contextos cuyo entramado es el nicho del fenómeno. Voy a desarrollar, en suma, un concepto sistémico de la corrupción funcionarial.

La corrupción no es nunca una actividad individual aislada, sino un elemento de un sistema que la condiciona. Y aquí es donde aparecen determinados obstáculos que provocan el fracaso de los intentos bienintencionados de combatir la corrupción como si fuera el simple comportamiento aberrante de unos funcionarios aislados. Los contextos no forman parte de la corrupción, sino que son factores externos —que la favorecen o reprimen según los casos—, pero que no están al alcance del reformador. De ello hay que tener conciencia, para así evitar el

ridículo de acudir al remedio de las curas milagrosas que hoy se usan: desde la fe bobalicona en un súbito comportamiento éticamente impecable de todos los implicados (causado no se sabe si por la mano del cielo o por la eficacia de unas directrices gubernamentales) a la violencia desgarrada que fustiga, también súbita y esporádicamente, a culpables y no culpables: tormentas de verano que ni castigan a todos ni a los verdaderos delincuentes, ni sirven de ejemplo para los que en el futuro sean tentados. Por estos caminos, por atractivos que parezcan, no se va a ninguna parte y reflejan actitudes frívolas cuando no peligrosas porque suelen desviar la atención de las cuestiones verdaderamente importantes.

Quienes desconocen esto, quienes ignoran (o pretender ignorar) que la corrupción no es más que un simple elemento dentro de un contexto complejo, incurren en el error de tratarla de forma aislada, como si fuera posible separarla de los contextos que la determinan: algo así como pintar las pústulas de la viruela con un ungüento sin preocuparse de los virus internos que las han causado. Pues esto es lo que se hace con las reformas legislativas penales o el establecimiento de pomposas fiscalías anticorrupción: "hacer que se hace", pretender justificar con aspavientos una pasividad real.

A) El primer contexto es el *social*, de tal manera que a una sociedad corrupta corresponde indefectiblemente una Administración corrupta, como igualmente un tejido empresarial corrupto. En consecuencia, mientras la sociedad siga siendo corrupta, serán inevitables las prácticas de corrupción, por mucho que sea ésta atacada desde el frente público.

Cada sociedad posee un acervo genérico de valores (o desvalores) que luego se va traduciendo en manifestaciones concretas sobre los distintos ámbitos de la vida social (familiar, asociativo, convivencial, político, etc.). Vistas así las cosas, es lógico que la vida pública —que es la que aquí interesa— refleje con fidelidad la temperatura ética del cuerpo social conjunto, de tal manera que una sociedad honesta no tolerará la existencia de un funcionariado corrupto ni una sociedad corrupta escapará a las prácticas deshonestas de sus funcionarios. Cada sociedad tiene el Gobierno, la Administración y las empresas que se merece y que, en definitiva, forman parte de su seno, ya que de ella han emanado.

La manifestación más perversa de las carencias éticas de la sociedad argentina (en lo que yo percibo) es su indiferencia ante la corrupción. Éste es probablemente el país en que mejor se tenga informado a sus ciudadanos de las corrupciones públicas, que puede seguir con todo lujo de detalles en libros y revistas, cuya lectura produce sólo dos reacciones igualmente estériles: o la sonrisa resignada ("esto es lo que hay y no podemos esperar otra cosa"), o el gesto energuménico y esporádico, pronto olvidado, de una protesta callejera, estimulada a veces con intenciones nada limpias. Anécdotas, en suma, que reflejan un preocupante estado de *resignación indiferente*.

B) El segundo contexto —no tan importante como el anterior, pero también de primera magnitud— es el *político-estructural*, de tal manera que a una estructura política corrupta corresponde indefectiblemente una Administración Pública corrupta. La mejor prueba de ello es que los dos pilares del sistema político actual —los partidos y los sindicatos— practican la corrupción más extensa con absoluta impunidad y generan, a su vez, nuevos focos de ella en todos los ámbitos administrativos y sociales.

Los partidos políticos han terminado convirtiéndose en la escuela de todas las corrupciones. Gastan más de lo que legalmente ingresan y se alimentan gracias a un ejercicio ilegítimo de las potestades inherentes a las administraciones públicas que ocupan y controlan. Piden transparencia en la vida económica y ellos hacen cuentas falsas; elogian la honestidad fiscal y al tiempo defraudan al Fisco; alaban la imparcialidad y son beligerantes en todo; propugnan el mérito y la capacidad mientras cultivan internamente el nepotismo.

C) El tercer contexto es el *institucional*. La corrupción funcionarial está sometida a controles posteriores que, si se ejercieran correctamente, podrían frustrar las operaciones mejor pensadas. Ahora bien, el control parlamentario y el político no funcionan porque (como antes se ha explicado) los controladores están de acuerdo con los controlados para pasar por alto cuanto fiscalizan. ¿Cómo puede pretenderse sensatamente que unos individuos controlen y castiguen a los miembros de su misma familia o, si se quiere, a sus cómplices y cooperadores necesarios?

Queda entonces el control judicial, formalmente independiente. Pero como de hecho ni tiene siempre las manos libres ni su poder efectivo llega muy lejos, los resultados no son estimulantes, y con frecuencia se limitan a "gestos" más o menos populares, que luego pronto se olvidan. Los jueces son maestros en el arte de "mirar para otro lado", de ignorar lo que todo el mundo conoce, aunque estén dispuestos a triturar ocasionalmente a aquellos que el dedo político o la opinión pública ha señalado.

D) El cuarto contexto es el del *intervencionismo público*. Si las actividades de los particulares están sujetas a la obtención de una licencia, es inevitable que se intente corromper a la autoridad que ha de otorgarla; si el Estado construye obras, es inevitable que se intente corromper a quien ha de realizar los contratos, y lo mismo con los suministros que ha de adquirir; de la misma manera que se hará con quien distribuya subvenciones, y nada digamos cuando se trata de inspecciones, multas y tributos, pues siempre se intentará suavizar a la mano que aprieta. La regla es que donde hay intervención, hay dinero, y donde hay dinero, hay corrupción. El que quiera ejemplos gruesos puede pensar en el reciente festín de las privatizaciones que en todos los países del mundo ha servido para llenar los bolsillos privados y no tanto las arcas públicas.

E) El quinto contexto es, en fin, el *internacional*, singularmente operativo en la era de la globalización. No se trata sólo de malos ejemplos, es que la corrupción es importable y exportable, de tal manera que es casi imposible mantener islas de limpieza en un universo tan corrupto como es el actual. Pero no quiero detenerme en este punto, ya que en Argentina se sabe mucho de habilísimos importadores y exportadores de todas las técnicas imaginables de corrupción.

El conocimiento de todos estos contextos —cuya enumeración dista mucho de ser exhaustiva— nos va a ayudar a comprender el hecho, a primera vista sorprendente, de la invulnerabilidad de la corrupción. No hay reforma legislativa, administrativa o judicial que no pretenda eliminar su existencia. Y, sin embargo, *incluso en el supuesto, nada frecuente, de que medien buenas intenciones*, siempre fracasan. ¿Por qué? Pues, en primer término, porque no se pone en manos de los órganos de represión potestades que vayan más allá de los hechos corruptos. En ningún caso se les permite llegar a los contextos, condenándoles así de antemano al fracaso absoluto. ¿De qué vale observar con lupa a un funcionario sospechoso? En el mejor de los casos se le podrá castigar a él personalmente, pero, si se dejan intactos los contextos, no habrá modo de impedir que los demás reiteren el comportamiento ilícito.

Nada se consigue con aplastar a una hormiga si no se hurga en el hormiguero. Nada se consigue curando a un enfermo de tercianas si no se deseca la laguna donde se incuba el paludismo. ¿Es que no aprenderemos nunca? ¿O es que no queremos aprender? Es inicuo encomendar a la policía que persiga a los narcotraficantes callejeros cuando no se le dan medios —o no se le permite— perseguir a los mayoristas que traen la droga. Pues lo mismo sucede con los policías, jueces y fiscales más entusiastas a la hora de combatir la corrupción, puesto que no pueden llegar a las fuentes de donde verdaderamente emana.

6. Si los "contextos" (en el sentido que aquí se entienden) están fuera del alcance de las políticas ordinarias anticorrupción, no hay que pasar por alto que también existen otros factores —que aquí con igual convencionalismo se llaman "causas"— más fácilmente remediables, de tal manera que, si así se hiciera, disminuirían automáticamente los niveles de corrupción (aunque obviamente ésta no llegara a desaparecer del todo mientras se mantuvieran los contextos que las fomentan). En otras palabras, si los contextos son un entramado de relaciones complejas que desbordan las posibilidades de una política anticorrupción individualizada, las causas, aunque sean también datos externos, son más accesibles a una política represora sensata.

La primera de ellas es la *cuantía de las retribuciones* de los funcionarios implicados. Cuando, por ejemplo, los sueldos son insuficientes, es explicable que los afectados practiquen la corrupción, y lo mismo sucede cuando a los particulares o a las empresas no les queda otra opción que la corrupción para poder sobrevivir.

Esto es cierto, mas no así la proposición contraria. Porque si resulta incuestionable, por ejemplo, que los jueces mal pagados tienden a doblar la vara de su justicia, puede comprobarse igualmente que jueces excelentemente pagados también prevarican en términos escandalosos sin poder invocar el pretexto de la miseria de sus retribuciones. Y vistas las cosas desde el otro lado: si resulta incuestionable que los particulares o las empresas han de sobornar inevitablemente cuando así se les exige, también es cierto que, sin ser forzados a ello, lo hacen cuando les conviene.

Moraleja: Mejórense las retribuciones de los funcionarios necesitados y con ello se evitará la *tentación* del pecado y se suprimirá el *pretexto* del crimen, aun a conciencia, eso sí, de que no podrá suprimirse la corrupción.

Otra causa aparentemente controlable es la carencia de una *ética profesional*. Partiendo de la base de que la corrupción es consecuencia de un déficit técnico, es muy fácil idear que el remedio ha de consistir en un refuerzo de tal carencia. Porque desde luego nadie puede dudar de que si todos los gobernantes y gobernados fueran honestos, así se comportarían y no habría lugar para la corrupción. La cuestión no es ésta, por tanto, sino la de lograr que todos los gobernantes y gobernados sean efectivamente honestos y como tales se comporten.

A tal propósito, hoy está de moda (como ya dije al comienzo de mi intervención) el intentar elevar este nivel ético a través de la publicación de unos adecuados códigos de comportamiento. Yo me he permitido, no obstante, apartarme de esta moda que considero engañosa y no simplemente inútil. Porque nuestros funcionarios no delinquen por ignorancia, ya que conocen de sobra el código penal y el repertorio de sus deberes y obligaciones, por lo que nada se gana con las precisiones de un nuevo código de comportamiento. Los funcionarios que practican la corrupción saben perfectamente lo que están haciendo y, situados más allá de la ética individual y social, no dejarán de hacerlo por códigos de más o de menos, ya que, si desprecian el código penal, mucho menos caso prestarán a sermones ilustrados. ¿De dónde han salido esos misioneros, a veces pagados por organismos internacionales, que vienen a la Argentina (como a España) para amonestarnos para que "seamos buenos"? Yo les tomaría a broma si no fuese porque conozco lo que cuestan y los intereses que hay detrás de tan hipócrita santurronería.

Otra causa directa de las prácticas corruptas es la *lentitud de la gestión administrativa*. En ocasiones harto frecuentes el particular no pretende con sus manejos un resultado ilícito, antes, al contrario lo que solicita es que se cumpla la ley —que se le pague lo que se le debe, que se le conceda un traslado a que tiene derecho, que se le haga efectiva la situación jurídica que le ha declarado una sentencia— y se ve en la precisión de sobornar para que se acorten los plazos interminables de la indolencia administrativa. Si la Administración cumpliera puntualmente sus obligaciones, desaparecerían automáticamente la mitad de los cohechos.

7. Parece conveniente, en fin, aludir de forma especial a las medidas que habitualmente se toman por los gobiernos en lo que llaman política anticorrupción y que ordinariamente se concretan en reformas legislativas de ampliación de tipos delictivos y endurecimiento de penas, así como en la creación de órganos especiales de vigilancia y control. La experiencia demuestra que todo esto es perfectamente inútil puesto que ni de cerca ni de lejos tocan los aspectos fundamentales que se han desarrollado en las páginas anteriores. Ésta no es una auténtica política de corrupción, sino una política de maquillaje para disimular que no se está haciendo nada y, lo que es peor, que no quiere hacerse.

Lo que solemnemente suele llamarse política anticorrupción no suele ser más que retórica, demagogia, publicidad y, en definitiva, aire. Más todavía, cuando en un cambio de régimen los nuevos gobernantes anuncian una enérgica política anticorrupción, puede estarse seguro de que no van a hacer nada en absoluto. De hecho, cuanto más se habla y promete, menos se hace. A la experiencia vuelvo a remitir, puesto que no hay una sola excepción a la amarga regla que acabo de anunciar. Dicho sea en términos castizos, "cuanto más ruido, menos nueces".

8. A la vista de lo que antecede —y partiendo del concepto previo de que la corrupción funcionarial es una variante perversa de retribución de los servidores públicos—, estamos ya en condiciones de establecer las siguientes conclusiones resumidas:

Primera. La corrupción funcionarial únicamente puede entenderse como parte de un sistema más complejo. Concepto sistémico que permite también explicar las razones del permanente fracaso de los intentos de su eliminación y abordar algunos remedios eficaces.

Segunda. Los contextos —o factores condicionantes y determinantes de la aparición de la corrupción funcionarial— más importantes son de índole social, político-estructural, institucional, internacional y de intervención administrativa. A lo que hay que añadir el dato capital de que la corrupción política es el principal motor de fomento de la corrupción funcionarial.

Tercera. Lo anterior explica el indicado fracaso de los intentos de reforma, ya que es inútil abordar la cuestión como si de un fenómeno aislado se tratase. Mientras no se eliminen estas raíces, de nada vale pretender la supresión de la corrupción funcionarial. Y como es el caso de que los reformadores no están en condiciones de alterar los factores contextuales determinantes (de ordinario ni siquiera se le dan facultades para ello), los intentos se frustran una y otra vez.

Cuarta. Esta aparente ceguera no es fruto de la ignorancia —ya que no hay que ser demasiado agudo para contextualizar la perversión—, sino de la deliberada voluntad de no hacer frente a la corrupción funcionarial, ya que, de ser sinceros, ello pondría al descubierto la corrupción política determinante; y es manifiesto que los políticos corruptos no están dispuestos a correr riesgos con sus intereses propios o, si se quiere, a cortar en su propia carne.

Quinta. En un plano mucho más modesto, puede también hablarse de "causas" de la corrupción, entendiendo por tales algunos factores que, aun siendo de menor relevancia, pueden abordarse sin tocar el sistema en su conjunto; y que, en consecuencia, pueden ser remediados sin excesivo coste político. Entre tales causas se encuentran las retribuciones de los funcionarios, la reafirmación de la ética profesional y la lentitud de la gestión administrativa.

Sexta. Es muy difícil que puedan ser eficaces las reformas legislativas y organizacionales, así como la creación de órganos específicos de control. Este tipo de medidas no tiene otro valor que el de maquillar la impotencia política y con ellas lo único que se pretende es, a efectos electorales, dar la sensación de que se está haciendo algo.

Madrid, enero 2004

FUNCIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

por JULIO RODOLFO COMADIRA*

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA ÉTICA Y LA ÉTICA PÚBLICA

El objeto de esta ponencia es formular algunas reflexiones respecto de algunos contenidos jurídico-administrativos de la ley 25.188, conocida como Ley de Ética de la Función Pública [1], en la inteligencia de que ella supone, en el ámbito federal, el marco legal formal más importante concebido en la búsqueda de la afirmación ética de los funcionarios.

Debo aclarar que comparto algunos aspectos de la postura del profesor Alejandro Nieto respecto de la absoluta insuficiencia de las respuestas normativas para dar cuenta, por sí solas, de los fenómenos de corrupción, sea por vía de la sanción de "Códigos de ética", sea por el procedimiento de reforma de la legislación penal o la creación de órganos especiales de control y vigilancia.

Sin embargo, creo también que, como en su momento lo recordó Julio Oyhanarte, con cita de Herman Heller [2], es necesario no rendirse a la fuerza normativa de lo fáctico —aunque lo fáctico sea un contexto—, y es preciso por eso confiar en la fuerza *normalizadora* de lo normativo. El derecho no tiene por qué ser un mero instrumento de la política, y menos de los políticos corruptos; los políticos deberían verse ellos mismos y a la política como instrumentos del derecho y, por mi parte, me resisto a abandonar esa, si se quiere, utopía.

Por otra parte, y en lo que se refiere a los organismos específicamente creados para prevenir y combatir la corrupción, es cierto que, en no pocos casos, no

* Profesor titular de Derecho Administrativo, UBA.

[1] La exposición se refiere al ámbito nacional y no comprende, por tanto, lo relativo a las provincias y municipios, ni tampoco a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se debe tener en cuenta que la Argentina es un país federal y que la regulación de este tema corresponde, en sus respectivas esferas, a la Nación, a cada una de las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en su caso, a los municipios. La circunstancia de que el Congreso haya recibido, por medio del art. 36 de la Constitución, mandato expreso para sancionar una ley de ética pública, no excluye, a mi juicio, las concurrentes facultades provinciales que subsisten como derivación de sus competencias para darse sus propias instituciones en el marco de lo dispuesto por el art. 5 de la Norma Fundamental (ver, sin embargo, el criterio sentado por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes: 227: 240).

[2] OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1967 (cita de HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, México, 1942, p. 280).

han evidenciado utilidad ninguna; pero también es cierto que, en otras ocasiones, han cumplido un papel ejemplar. Por eso abrigo mis reservas en la condena indiscriminada de esa clase de oficinas, y me inclino a pensar que, en realidad, todo depende, como siempre, de las personas y de la fortaleza de sus convicciones. De todas las personas, y no sólo de los funcionarios. Volveré sobre esto.

De todos modos, antes de abordar el análisis jurídico, estimo conveniente realizar, de modo al menos sumario, algunas consideraciones introductorias sobre el sentido mismo de la Ética en general y de la Ética Pública en particular.

La palabra "ética" deriva del griego *ethos*, que significa "costumbre", "modo habitual de obrar" y la Ética como sustantivo se reserva generalmente para la ciencia que se refiere al estudio filosófico de la acción y la conducta humana considerada en su conformidad o disconformidad con la recta razón.

La Ética es una ciencia teórico-práctica, de carácter normativo, que estudia los actos humanos en tanto buenos o malos; es, en fin, en la concepción filosófica a la que adhiero, una ciencia que a partir de la experiencia moral del hombre y de la sociedad procura alcanzar el sentido y explicación última de esta experiencia en ciertos principios universales que descubre la razón [3]. Esta búsqueda de lo universal a partir de un acto de libertad excluye tanto al fundamentalismo que pretende afirmar la verdad sin la libertad, como al relativismo que, apoyado sólo en la libertad, se excluye del deber de reconocer la verdad [4].

En ese marco conceptual, la Ética Pública encuentra su eje en la idea del servicio a la colectividad, esto es, en la realización del bien común [5], en tanto que conducta exigible no sólo del funcionario, sino también del particular que de cualquier modo se vincule con la Administración Pública.

Así, la experiencia moral del ciudadano en cuanto funcionario y del particular en tanto colaborador de la Administración constituyen el punto de partida de la Ética Pública, siendo su resultado la determinación del sentido de aquella experiencia a la luz de ciertos principios universales que proporciona la razón [6].

Desde esa perspectiva, la regulación jurídica de la Ética Pública constituye la expresión normativa de la visión que la comunidad tiene, en un momento histórico determinado, acerca de los comportamientos éticamente exigibles a los ciudadanos en cuanto funcionarios públicos y administrados, si bien procede señalar que en la Argentina, de acuerdo con el enfoque tradicional, cuando se alude a la Ética Pública se piensa de modo preponderante en el funcionario.

[3] Rodríguez Luño, Ángel, *Ética general*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, ps. 27 y ss., y 47 y ss; Gómez Pérez, Rafael, *Ética (problemas morales de la existencia humana)*, 7ª ed., Magisterio Casals, Madrid, 1996, especialmente ps. 21 y ss., y 31 y ss.

[4] Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 159.

[5] Rodríguez Arana Muñoz, *La dimensión...*, cit, p. 294.

[6] La universalidad de los principios éticos, basada en una filosofía que encuentra su fundamentación en un iter que recorre la línea de las causas en el plano del ser real, remite, en última instancia, a Dios Creador, Causa Primera del ser.

II. La Ética Pública en el ordenamiento jurídico argentino

Tal como nos lo recuerda García de Enterría —citando a Séneca— la corrupción es un mal de los hombres, antes que un mal de los tiempos [7].

De todos modos, sí parece constituir una característica de los tiempos que nos toca vivir la existencia de un alto grado de desorientación e inseguridad [8], de modo que a la inseguridad física y, en buena medida, jurídica, que afecta a los habitantes de nuestro país, habría que agregar, pues, la incertidumbre axiológica. Ése es el *contexto*, como diría el profesor Nieto; pero es el contexto que hunde sus raíces, en última instancia, en el hombre mismo. La corrupción nace con el funcionariado porque antes está en el hombre. Y si bien sería ingenuo esperar un súbito comportamiento ético irreprochable, no lo es, en cambio, aspirar a que el hombre sea capaz de proponerse lo mejor, y luchar por ello contra su peor enemigo, contra sí mismo, porque lo mejor, estoy convencido, es aún posible.

Decía que asistimos a un alto grado de inseguridad valorativa. Bastaría para constastarlo aplicar la conocida clasificación de la corrupción realizada por Arnold Heidenheimer, quien, sobre la base de la percepción que las elites y la opinión pública tengan de ciertos actos corruptos, distingue la existencia de tres clases de corrupción: *negra*, *gris* y *blanca*.

Así, cuando las elites morales y la opinión pública en general coinciden en valorar como reprochables ciertos actos, el conjunto de éstos constituiría la corrupción *negra;* la *gris*, por su lado, resultaría de la división de opiniones entre los componentes de la elites acerca de la reprochabilidad de determinadas acciones y de la ambigüedad adoptada por la ciudadanía en general; en la corrupción *blanca*, finalmente, la mayoría de las elites y de la opinión pública tolerarían relativamente los actos de que se trate, a los cuales, por ende, no condenarían con vigor [9].

Ciertas experiencias históricas habilitan a preguntar si no procedería complementar esa clasificación con la incorporación de la categoría de la corrupción *incolora*, configurada cuando una sociedad, o parte importante de ella, no perci-

[7] García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 74.

[8] Si hay algo constante, dice Julián Marías, es la quejumbre de todos los tiempos acerca de la inmoralidad dominante, por comparación con las épocas anteriores, aun cuando lo que parece evidente en esta época es un alto grado de desorientación y, por ende, de inseguridad (Marías, Julián, *Tratado de lo Mejor. La moral y las formas de la vida*, Alianza, Madrid, 1995, p. 113).

[9] Heidenheimer, Arnold, "Perspectives on the Perception of Corruption", en Heidenheimer, Arnold - Johnston, Michael - LeVine, Victor (comps), *Political Corruption. A Handbook*, 3ª ed., Transaction Pub., Londres, 1993, citado por Malem Seña, Jorge F., *La corrupción (Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos)*, 1ª ed., Gedisa, Barcelona, 2002, p. 37; también cita este estudio, pero una edición de 1989 (New Brunswick, Oxford), Villoria Mendieta, Manuel, *Ética Pública y corrupción (Curso de Ética Administrativa)*, Tecnos, Madrid, p. 26.

be como corruptos ciertos actos que indubitablemente lo son en el marco de un sistema ético basado en la filosofía realista [10]; y después de escucharlo al profesor Nieto se me ocurre la corrupción *desteñida* dada por la indiferencia social que él, con razón, percibe.

Más allá de esas distinciones, García de Enterría también recuerda que desde los años ochenta en adelante del pasado siglo XX, tanto en Europa como en países de continentes menos desarrollados se tomó conciencia de que la corrupción operaba como un verdadero *metasistema*, más efectivo incluso que los aparatos oficiales sobre los que se había asentado y de los que se alimentaba.

Quedó al descubierto, de esta manera, la existencia de un verdadero *imperfecto democrático* que marcaba la presencia, al lado de una corrupción subjetiva o esporádica, de otra de naturaleza objetiva y endémica en la que se reflejaba una preocupante disfunción estructural política y administrativa [11].

Como ha puntualizado con agudeza Perfecto Andrés Ibañez, "muchos y significativos momentos del devenir estatal —Italia, Francia, España enseñan— se han visto reflejados en el Código Penal, como si de un espejo se tratase" [12].

Tal vez el ejemplo más gráfico, en este sentido, lo haya constituido el caso italiano en el cual, al decir de Ferrajoli, quedaría en evidencia la presencia de un verdadero Estado detrás del Estado, caracterizado por un obrar clandestino y contrario tanto al derecho como a la democracia política, con marcado desprecio hacia los principios de legalidad, publicidad, transparencia, control y responsabilidad de los actos de gobierno [13].

[10] Ernesto Garzón Valdez plantea al acto corrupto como deslealtad o traición al que denomina *sistema normativo relevante*, concebido como conjunto de reglas que en cada caso concreto regulan una práctica social. Desde su punto de vista, que tal deslealtad sea también éticamente reprochable depende de la calidad ética de ese sistema, la cual, a su juicio, sólo puede medirse de cara a un *sistema normativo excusante o justificante*, el que, en su opinión, se puede predicar cabalmente respecto de la democracia representativa institucionalizada en el Estado de Derecho ("Acerca del concepto de corrupción", en CARBONELL, Miguel - VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, obra colectiva, IFE-ITAM, Siglo XXI, México, 2003, ps. 22, 24 y 42). Por mi parte, y para utilizar la terminología utilizada por el distinguido filósofo, pienso que la corrupción se configura siempre como *deslealtad o traición al sistema ético justificante*, constituido, en mi visión, como ya expresé (*supra* texto y nota 5), por los principios universales que descubre la razón a partir de la experiencia moral del hombre y de la sociedad. El acto corrupto es así el acto éticamente reprochable.

[11] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., p. 74, nota 91, con cita de la "Introducción" de los editores en la obra colectiva *Democratie et corruption en Europe*, París, 1995, dirigida por Donatella Della Porta e Yves Mény.

[12] IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "Introducción", en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 11.

[13] FERRAJOLI, Luigi, *El Estado Constitucional hoy: El modelo y su divergencia de la realidad*, en obra colectiva, cit., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, p. 16. Alberto Vannucci ensaya una exploración de algunas tendencias de las modernas democracias que, según estima, podrían ayudar a comprender el perverso vínculo entre "el régimen

Era de esperar que semejante descubrimiento provocase una justificada preocupación social, inmediatamente percibida tanto por politólogos, cientistas sociales, juristas e intelectuales en general, como por las autoridades gubernamentales.

Así, entre los primeros, se sostuvo que era una exigencia social de la época no sólo una transparencia susceptible de plasmarse en materia de medio ambiente, sino también en el ejercicio de las funciones de gobierno. En otras palabras, no sólo ríos y aire limpios y cristalinos, sino, a la par, funcionarios cristalinos, representativos de una verdadera *ecología política* impostergable [14].

La entidad del problema y las particularidades propias de las realidades en que se inserta, no ha pasado, asimismo, inadvertida a los juristas especializados [15]. En línea con la referida reflexión sociológica, Morello ha expresado que la interpretación más adecuada del artículo 43 de la Constitución [16] lleva a involucrar entre los derechos de incidencia colectiva el que atañe a "una sana ética colectiva, liberada de corrupción". La sentencia orteguiana "yo y mi circunstancia", sostiene, se refuerza con el goce del derecho a un ambiente sano "y de ese

---

político que se propone realizar el principio de la soberanía popular —a través de un mecanismo competitivo de selección de las elites de gobierno— y la traición al mandato de representación de la colectividad, implícito en todo acto de corrupción" (*La corrupción en los sistemas políticos democráticos. Algunas notas para un análisis comparado*, en obra colectiva, cit., *Poder, derecho y corrupción*, ps. 81 y ss). La extensión de la esfera pública, la intensidad de la regulación normativa, la discrecionalidad de las decisiones, los criterios de selección de los dirigentes políticos, la falta de independencia de los aparatos burocrático y judicial, y la estructura de los mercados y la concurrencia económica, serían, según este estudio, factores explicativos de aquel vínculo.

[14] LIPOVETSKY, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Anagrama, Colección Argumentos, Buenos Aires, 1994, p. 204.

[15] "La corrupción es causa de la desestabilidad en América; y en América latina por lo menos, es un problema grave, preocupante, es un problema que está en los diarios, en todos los titulares, y no estamos revelando ningún secreto ni formulando ninguna acusación que pueda ser difamatoria. Es un hecho de la realidad y ese hecho responde a una multiplicidad de causas. El derecho no las puede remover a todas... Pero sí el derecho puede elaborar una batería de instrumentos que tiendan a hacer reprimible lo que hasta ahora parece impune; y tiendan a prevenir lo que hasta ahora sólo parece algo destinado a una inocua represión" (VANOSSI, Jorge R., "Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", ED 149-745).

[16] En la parte pertinente el art. 43 de la Constitución Nacional dispone, después de la reforma de 1994, que la acción expedita y rápida del amparo puede ser interpuesta contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general por el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley.

ambiente y de su salud forma parte principal el componente moral o ético en que se desenvuelve la sociedad" [17].

Los gobiernos tampoco permanecieron ajenos a tales preocupaciones [18]. De tal manera, en el transcurso de los años noventa, países como Francia sancionaron leyes relativas a la prevención de la corrupción y a la transparencia; Italia sancionó un Código de comportamiento para los empleados públicos; España dictó leyes directamente vinculadas con la materia, tales como la de fondos reservados, contratos del Estado e incompatibilidad en el desempeño de altos cargos [19].

Por su parte, en el Reino Unido se produjo el conocido "Informe Nolan", encargado por el Primer Ministro a una comisión de especialistas constituida *ad hoc*, en el que se aconsejó profundizar los denominados "siete principios de la vida pública" [20].

Corresponde destacar, asimismo, que en Europa existen ya esfuerzos tendientes a establecer normas generales sobre la conducta debida por los agentes que se desempeñen en los organismos de la Comunidad Económica Europea, en sus relaciones con el público [21].

[17] MORELLO, Augusto M., "La Lucha contra la Corrupción. Aspectos procesales", en estudio conjunto con AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *La cláusula ética de la Constitución Nacional (artículo 36 in fine): Aspectos de derecho penal y procesal*, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998 (anticipo de *Anales*, año XLII, segunda época, nro. 36).

[18] Un panorama del derecho comparado puede verse en CAPUTI, María Claudia, *La Ética Pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 44 y ss; asimismo, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, *Principios de Ética Pública, ¿corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993, ps. 73 y ss. Respecto de los países iberoamericanos, cabe consignar, a simple título ejemplificativo, que en diversas constituciones se contemplan expresamente, como valores exigibles a los servidores públicos o a la función pública en general, a la honradez (Constitución mexicana, art. 113); a la moralidad (Constitución brasileña, art. 37 y Constitución política de Colombia, art. 209); a la ética (Constitución de Venezuela, art. 2).

[19] ASUA BATARRITA, Adela, *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*, en la obra colectiva *Delitos contra la Administración Pública*, ed. al cuidado de la mencionada autora, Bilbao, 1997, p. 14.

[20] Interés público, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y capacidad de liderazgo (Informe Presentado ante el Parlamento por el Primer Ministro por orden de Su Majestad, mayo 1995, Londres, HMSO, Cm2850-I, en Documentos INAP, nro. 9, Madrid, octubre 1996, p. 24).

[21] Se trata del Proyecto Europeo de Código de Buena Conducta Administrativa (reproducido por RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. *La dimensión...*, cit., ps. 430 y ss) que establece una serie de deberes para los funcionarios de la Comunidad, entre los que cabe destacar: el deber de obrar conforme a la legalidad (art. 4°); la obligación de no discriminar y preservar la igualdad de trato (art. 5°); el deber de actuación proporcionada (art. 6°); el de actuar sin abuso de poder, cumpliendo con la finalidad de interés público fijada por el ordenamiento (art. 7°); el de imparcialidad e independencia (art. 8°); el de objetividad (art. 9°); el de actuar coherente

Para esta época ya hacía tiempo que naciones como los Estados Unidos habían aprobado una ley por la que sus empresas quedaban comprometidas a no abonar sobornos a funcionarios extranjeros [22], norma que, sin embargo, no obstó para que en el último reporte de Transparency International correspondiente al año 2001, dicho país haya quedado en el octavo lugar en el *ranking* de las empresas que más pagan sobornos a gobiernos del mundo subdesarrollado [23].

---

con las prácticas administrativas "salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual", respetando así "las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado" (art. 10), disposición directamente vinculada con el precedente legítimo como fuente del derecho administrativo, así como con la teoría de la confianza legítima; el de obrar de manera "justa y razonable" (art. 11); el de actuar con cortesía (art. 12); el de responder por escrito en la lengua propia de quien peticiona (art. 13); el de acusar recibo de las cartas o reclamos, indicando el funcionario que se ocupará del tema (art. 14); el de dar el trámite correcto a las presentaciones dirigidas a oficinas incompetentes (art. 15); el de velar por el respeto del derecho de defensa de los ciudadanos "en todas las fases del proceso de toma de decisiones" (art. 16); el de adoptar tales decisiones en un plazo razonable (art. 17); el de motivar las resoluciones (art. 18) e indicar las posibilidades de impugnación que proceden contra ellas (art. 19), así como el deber de notificarlas por escrito (art. 20); la obligación de respetar las normas que regulan el tratamiento de los datos personales de los ciudadanos (art. 21); el de brindar información sobre las cuestiones en tratamiento (art. 22) y permitir el acceso a los documentos de la Comunidad (art. 23) y el de mantener registros y archivos adecuados de la correspondencia, documentación recibida y medidas adoptadas. Cabe agregar que cualquier incumplimiento de los deberes enunciados dará lugar a reclamación por ante el Defensor del Pueblo Europeo (art. 26).

[22] La norma fue aprobada a fines de los años setenta, como consecuencia del escándalo de corrupción de la empresa Lockheed Corp. En 1999, EE.UU. organizó el Foro Global para la Lucha contra la Corrupción, con la presencia de 89 países (una semblanza de lo acaecido puede verse en el prólogo a la obra de OPPENHEIMER, Andrés, *Ojos vendados. Estados Unidos y el negocio de la corrupción en Latinoamérica*, Sudamericana, Buenos Aires, 2001).

[23] También en directa vinculación con el tema, se aprobaron en los Estados Unidos, mediante Orden Ejecutiva del 12/4/1989 (enmendada por la Orden Ejecutiva 12731), los Principios de Conducta Ética para los funcionarios y empleados del Gobierno de los Estados Unidos (reproducida por RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J., *La dimensión...*, cit., ps. 422 y ss.). En la enunciación de tales principios se comienza —auspiciosamente— con una valoración de la función estatal, al preceptuarse que "El servicio público es un patrimonio público", para inmediatamente referirse a lo que —como se verá más abajo— estudiaremos como "principio de juridicidad", en razón del cual "se exige que los empleados le deban lealtad a la Constitución, a la leyes y a los principios éticos, por encima de la ganancia personal" (Sección 101, punto a). Los principios en cuestión, regulados en la mencionada Sección, se complementan con la prohibición de poseer intereses financieros que estén en conflicto con el desempeño concienzudo de sus deberes (punto b); el deber de impedir el uso de información del gobierno en beneficio propio o de terceros (punto c); la imposibilidad —como regla— de aceptar obsequios ni beneficios (punto d); el deber de llevar a cabo sus deberes empeñándose por hacer un esfuerzo honesto (punto e); la prohibición de comprometer al Gobierno sin autorización (punto f); el deber de no usar el cargo público para ganancia particular (punto g); el deber de actuación imparcial (punto h); el de proteger y conservar la propiedad estatal y no usarla para fines no autorizados (punto i); la imposibilidad de desarrollar otras actividades o trabajos, en

La República Argentina no quedó al margen de la reseñada preocupación. Prueba cabal de ello es la Reforma Constitucional del año 1994, en la que se incorporó un nuevo artículo que preceptúa que todo grave delito doloso contra el Estado que conlleve un enriquecimiento, configura un atentado al sistema democrático que determina la inhabilitación para ocupar cargos públicos, por el tiempo que las leyes determinen (art. 36, párrafo quinto). La doctrina ha considerado que dicha norma consagra el delito de corrupción [24].

El aludido art. 36 determina, asimismo, que el Congreso sancionará una ley de Ética Pública para el ejercicio de la función (art. 36, párrafo final).

Esta ley ya ha sido sancionada (ley 25.188, reglamentada por decreto 164/1999) y será objeto de particular atención en esta exposición, sin perjuicio de señalar que, además, la Argentina es firmante de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759, pacto a través del cual se busca dar una respuesta sistemática al problema, por medio de la prevención y sanción de la corrupción administrativa [25].

El fenómeno en cuestión excede, ciertamente, las fronteras del obrar estatal, ideándose también respuestas legislativas para casos tales como el encubrimiento de lavado de activos de origen delictivo (ley 25.246, que pune penalmente tales maniobras), estableciéndose, además de las penas aplicables a las personas físicas cuyas conductas encuadren en los tipos previstos, un régimen sancionatorio para aquellas personas jurídicas que apliquen bienes de origen delictivo con la

---

especial aquellos que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades gubernamentales (punto j); el deber de denunciar todo despilfarro, fraude, abuso o corrupción (punto k); el de cumplir de buena fe "sus obligaciones como ciudadanos", en especial aquellas tales como las impositivas (punto l); el de respetar toda normativa relativa a la realización de la igualdad de oportunidades, sea cual fuere la raza, color, religión, sexo, origen nacional, edad o impedimento (punto m), y el deber de esforzarse por evitar "cualesquiera acciones que den la apariencia de que están violando las leyes o las normas de ética que se estipulan en esta orden".

[24] Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 267-268. Según indica Roberto Punte la norma equipara la corrupción con la usurpación, en seguimiento de la mejor tradición de la ciencia política ("La Ética y el ejercicio de la función pública", en *Prudentia Iuris*, vol. 42, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, p. 12).

[25] Un análisis de esta Convención, en el que se propicia la aplicación directa de muchas de sus normas, sin necesidad de reglamentación local previa, puede verse en Gordillo, Agustín, "Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana contra la Corrupción", LL 1997-E-1091. Esta Convención, señala Augusto Mario Morello, representa una trascendente herramienta para que América latina participe en una frontal operación de rescate de la ética colectiva, en tanto posee un verdadero arsenal de conceptos, métodos, cooperación, participación ciudadana, colaboración múltiple, tipificación común de delitos, régimen de la extradición, rol de los tribunales de justicia y revolucionarias cuñas que penetran en los clásicos tejidos de los derechos: internacional, penal, administrativo y procesal ("La lucha...", cit).

consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito (art. 23, I, de la citada ley).

De igual modo, la Argentina ha suscripto la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ley 25.319).

Previsiones que atañen también a la ética pública han sido incorporadas al nuevo régimen de empleo público (ley 25.164, Marco Regulatorio del Empleo Público), entre otras normas administrativas.

Resultaría imposible un análisis, aun sumario, de la totalidad de esta normativa administrativa y penal. Basta aquí con expresar que, de esta manera, nuestro país procura honrar el compromiso adoptado en razón de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759), en la que los Estados Parte acordaron considerar, entre otros aspectos más específicos que se detallarán luego, la aplicación de medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas y la creación de mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de tales normas (art. III, incs. 1° y 2°) [26].

Por ello, efectuada esta somera enunciación, habré de centrar mi análisis en algunos aspectos de la ley 25.188 que atañen específicamente al tema en examen; norma que por mandato expreso del constituyente de 1994 fuera dictada para dar respuesta, desde el campo normativo, a las antes referida preocupación social evidenciada.

Todo ello, sin perjuicio de las menciones que, por su relevancia, corresponda efectuar respecto del resto del enunciado plexo normativo.

III. La Ley de Ética Pública. Enunciación de su contenido

La norma cuenta con diez capítulos en los que se regulan, sucesivamente, el objeto y sujetos comprendidos; los deberes y pautas de comportamiento; el régimen de declaraciones juradas; los antecedentes laborales exigibles antes del acceso a la función; las incompatibilidades y conflictos de intereses; el régimen de obsequios a funcionarios; la investigación sumaria relativa a violaciones de sus disposiciones; la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública; las reformas que, sobre la materia, se efectúan al Código Penal y la publicidad y divulgación de las conductas violatorias de su régimen.

Como se comprenderá, la diversidad de los aspectos contemplados por la norma exige un esfuerzo de sistematización que permita aprehender con claridad las cuestiones centrales objeto de regulación.

[26] La verdad es que, como recuerda Miriam Ivanega, el dictado de normas sobre ética pública no puede constituir el único medio para procurar el comportamiento correcto de los funcionarios ("Reflexiones acerca de la Ética y de la Función Pública", ED 174-987).

Desde este punto de vista, la exposición seguirá el siguiente criterio metodológico. En primer lugar, describiré el ámbito de aplicación de la ley. Seguidamente me referiré, sumariamente, a la *obligación genérica* que la ley impone a los comprendidos en ella, de observar, como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública; después, procuraré presentar, también de modo sumario, los deberes específicos que derivan de aquella obligación, ensayando una sistematización de éstos. Por último, y no sin realizar antes algunas consideraciones respecto del sentido de las declaraciones juradas exigidas a los agentes y de los regímenes de incompatibilidades y conflictos de intereses, concluiré con algunas reflexiones relativas a la inescindible vinculación que media entre la corrupción administrativa y la conducta de los particulares.

1. El ámbito de aplicación de la Ley de Ética Pública

La ley determina un ámbito de aplicación amplio que, con finalidad didáctica, puede ser analizado de conformidad con un criterio *objetivo-funcional* y *subjetivo-personal*.

Desde el punto de vista *objetivo-funcional*, la norma se aplicará a las personas que desempeñen una función pública, entendiéndose por tal a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada en nombre del Estado o al servicio de éste o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (art. 1°, último párrafo) [27].

El ámbito de aplicación *subjetivo-personal*, por su parte, queda definido al establecerse en el mismo artículo que la ley se aplicará, sin excepción, "a todas las personas que se desempeñen en la función pública (antes definida) en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado" (art. 1°, párrafo primero, el texto entre paréntesis es agregado) [28].

Como se observa, la ley comprende a los funcionarios y agentes de los tres poderes clásicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y a los de los denominados órganos *extrapoder*, tales como el Ministerio Público de la Nación, sin excepciones.

Esta voluntad, claramente definida en el analizado artículo primero, queda luego evidenciada en el artículo 5° de la norma, en el que se establecen cuáles

[27] El concepto de función pública elegido se inspira, evidentemente, en el definido con muy similar redacción por la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC, ley 24.759, art. I).

[28] Con parecida redacción, el art. I de la CICC define al ámbito subjetivo de aplicación del pacto internacional.

—de todo ese amplio universo de agentes— serán los obligados a cumplir con el régimen de presentación de las declaraciones juradas patrimoniales [29].

2. *La* obligación genérica *de observancia de una conducta acorde con la ética pública*

La profusión de deberes y pautas de comportamiento que la ley instituye no significa un obstáculo para ensayar una articulación sistemática de ellos.

En tal sentido, estimo que la ley parte de una obligación genérica, de la que derivan luego todos aquellos deberes y pautas aludidos.

Me refiero a la disposición que determina, como requisito de permanencia en el cargo, el desempeño de "una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones", bajo pena de "ser sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de la función" (art. 3°).

Se trata de la obligación básica de ajustar los comportamientos a la ética pública, cuyo contenido concreto abordaré seguidamente [30].

3. *Contenido concreto del comportamiento ético. Sistematización de los deberes*

Además de la referida obligación general, la ley fija, como dije, una serie de deberes y pautas de comportamiento de ella derivados, susceptibles de ser

[29] La amplitud del universo de funcionarios comprendidos por la norma ha sido confirmada por la jurisprudencia del fuero especializado, al resolverse que ni de la letra de la ley ni de la voluntad del legislador puede deducirse que, en lo atinente al deber de presentación de declaraciones juradas patrimoniales, la norma sólo contemple a los funcionarios integrantes del denominado Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA), excluyendo a los provenientes de designaciones políticas que carezcan de estabilidad en el cargo; sin que importe, asimismo, que la función de que se trate sea ejercida unipersonalmente o en forma colegiada (en el caso, a través de un Directorio) ("Simoncini", CNCAF; sala I; ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 20/7/2001).

[30] El art. 16 de la Constitución Nacional exige como único requisito para el desempeño de los empleos públicos el de la "idoneidad". Ésta tiene un sentido histórico político, pues como lo recuerda la doctrina ya desde el pensamiento de Santo Tomás dicha idoneidad supone inteligencia o sagacidad, pericia o competencia, virtud y madurez. A partir de la Revolución francesa, el requisito de la idoneidad vino a significar no sólo aptitud técnica sino también —entre otras— aptitud ética, "virtudes y talentos", como decía el art. VI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (MEDRANO, José M., "Ética y Política: formulación general y problemas actuales", *Prudentia Iuris*, vol. 42, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, ps. 23 y ss.).

sistematizados en el marco de una enunciación de deberes que nuclea, en cada caso, los diversos contenidos obligacionales específicos.

3.1. Deber de actuación virtuosa

El primero, por su entidad, entre los deberes que la norma determina, es el deber de desempeñarse con observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la propia ley. Y que son: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana (art. 2, inc. b) [31].

Se trata, claramente, de un mandato de "actuación virtuosa" de evidente raigambre deontológica cuya télesis ética y moral debe ser destacada positivamente, sin dejar de considerar que en su ámbito se debe comprender también, necesariamente, el concepto del trabajo bien hecho, porque la ética exige un esfuerzo de perfección [32].

Los límites propios de esta ponencia me imponen remitir, para la enunciación de los deberes específicos que derivan del comportamiento virtuoso exigido, a un trabajo anterior [33].

3.2. Deber de actuación teleológica

Todo comportamiento del funcionario debe tener por objeto la misma télesis que anima el obrar estatal en general, esto es, la realización del bien común.

Así, la ley dispone que el agente público debe velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general,

[31] Puede advertirse una relación entre los mencionados principios y los que, distinguiéndolos en generales y particulares, enuncia el Código de Ética para la Función Pública (decreto 41/1999). Entre los primeros, cabe mencionar el de probidad, prudencia, justicia, templanza, idoneidad y responsabilidad. Mientras que los segundos incluyen el de aptitud, capacitación, discreción, obediencia, independencia de criterio, equidad, igualdad de trato, ejercicio adecuado del cargo, uso adecuado de bienes públicos y del tiempo de trabajo, colaboración, dignidad y decoro, honor, tolerancia y equilibrio (Parte General, Capítulos III y IV, arts. 8° a 35). Los enunciados valores coinciden, en sustancia, con los siete principios de la vida pública que, a modo de recomendación, la Comisión Nolan aconsejó profundizar en la función pública británica. ("Normas de conducta para la vida pública. Primer Informe del Comité sobre las Normas de Conducta en la Vida Pública", Presidente Lord Nolan, presentado ante el Parlamento por el Primer Ministro por orden de la Reina, mayo 1995, Londres, HMSO, Cm 2850-I, enunciadas, *supra*, nota 19).

[32] González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración Pública*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000, ps. 69 y ss.

[33] Comadira, Julio R., *Derecho administrativo (Acto administrativo, procedimiento administrativo. Otros estudios,* 2ª ed., LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 586 y ss.

privilegiando —de esa manera— el interés público por sobre el particular (art. 2°, inc. c).

Con igual criterio, el Código de Ética para la Función Pública determina que el fin de la función pública es el bien común (art. 1°).

La importancia de estas disposiciones no debe pasar inadvertida. Se trata, nada menos, que de la reafirmación del interés público como estándar básico de interpretación de la relación jurídica administrativa [34].

En efecto, el régimen exorbitante que caracteriza al derecho administrativo como un derecho de prerrogativas estatales y garantías de los particulares en constante equilibrio o coordinación, no es sino una consecuencia necesaria de la finalidad superior que guía al obrar administrativo todo, esto es, la ejecución cotidiana, concreta e inmediata de la función administrativa en pos del bien común.

Este deber de actuación teleológica orientada a la satisfacción del interés público [35] se refleja en toda relación de derecho administrativo y acarrea consecuencias que no han pasado inadvertidas para nuestros tribunales [36].

3.3. Deber de actuación conforme con la juridicidad

Si el bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y más pleno de su propia perfección, no es dudoso que una de esas condiciones sea la vigencia irrestricta del orden jurídico [37].

Y si la Administración, dentro del Estado, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquel bien [38], no es tampoco dubitable que sus agentes deban actuar incondicionalmente sujetos al ordenamiento jurídico.

[34] GARRIDO FALLA, Fernando, *Las transformaciones del régimen administrativo*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, ps. 86-87. Esta pauta hermenéutica ha sido tradicional en los administrativistas argentinos (ver, por todos, FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 73; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, p. 272). Como sostiene Medrano ("Ética...", cit., p. 40), cuando se abandona el bien común y se le antepone el bien particular, aparece la corrupción política.

[35] Utilizamos como equivalentes los términos "bien común" e "interés público" habida cuenta de que el interés público al cual generalmente se refiere la doctrina no puede ser sino el "bienestar general" mencionado en el Preámbulo de la Constitución y éste, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la Corte Suprema, como el "bien común" de la filosofía clásica (*Fallos*, 179: 113).

[36] COMADIRA, J., *Derecho...*, cit, p. 609.

[37] *Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual. Concilio Vaticano II, Constituciones, Decretos, Declaraciones*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966, p. 243.

[38] Así lo ha sostenido la CSJN, al establecer que "es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las

Así lo dispone expresamente la Ley en comentario, al exigir como deber de los sujetos comprendidos por ella el "Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno" (art. 2°, inc. a).

De igual manera, aunque con el mérito adicional de incluir a los tratados internacionales, el Código de Ética para la Función Pública expresa que el ya mencionado fin de la función es el bien común, que se ordena por las disposiciones de la Constitución, los tratados y las normas destinadas a su regulación (art. 1°). Luego, al enunciar los principios particulares de la actuación pública, menciona la legalidad, preceptuando que el funcionario debe conocer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos que regulan su actividad (art. 16) [39].

Denominamos a esta obligación "deber de juridicidad", prefiriendo tal concepto al de "legalidad", por entender que aquél representa mejor la idea de que el accionar de la Administración —concretado, ciertamente, a través de sus agentes—, en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto del orden jurídico.

En este sentido, la juridicidad nuclea todo el sistema normativo. Por lo cual, más allá de la enunciación de normas que efectúa el art. 2° inc. a) de la Ley, entendemos que dicho deber procede respecto de los principios generales del derecho [40], la Constitución Nacional, los tratados internacionales [41], la ley

---

expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de Derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos... el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso, como lo ha señalado esta Corte" ("Naveiro de la Serna López, Helena María v. Bahuoffer, Martha Beatriz - recurso de hecho", expediente S-2867/1992, Superintendencia, Autos N.51.XXIV, *Fallos:* 315: 2771).

[39] Curiosamente, aquí omite enunciar a los tratados internacionales tenidos en cuenta en el art. 1°.

[40] Los principios generales del derecho son el origen o fundamento de las normas y, en definitiva, la causa misma del derecho positivo (CASSAGNE, Juan C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 29). Afirma Pedro Coviello que el ordenamiento jurídico parte, en primer lugar, del derecho natural, que es participación de la Ley Eterna; luego se concretiza en el derecho humano positivo, el cual se asienta en una Ley Fundamental que se denomina Constitución ("Concepción cristiana del Estado de Derecho", ED 129-923).

[41] Ya antes de la Reforma Constitucional de 1994, la jurisprudencia de la Corte había asignado a los Tratados Internacionales, jerarquía superior a las leyes (CSJN, 7/7/1992, "Ekmedjian", *Fallos:* 315: 1492; 7/7/1993, "Fibraca", *Fallos:* 316: 1669; 22/12/1993, "Hagelin", *Fallos:* 316: 3219). La aludida reforma, por su parte, positiviza esa línea jurisprudencial y la

formal, los actos administrativos de alcance general, en ciertos casos los precedentes administrativos [42] y, eventualmente, determinados contratos administrativos [43].

La vinculación de la Administración y sus agentes con la juridicidad es, además, de carácter positivo [44]. Ello significa que el accionar de aquélla sólo puede concebirse válidamente habilitado con base en una norma expresa —rectamente interpretada [45]— pero no libre *a priori* y sólo limitada negativamente por ésta.

Y ello sin perjuicio de las exigencias de la legalidad "encargo" que recrea las justas exigencias del Estado Social de Derecho [46].

Con la juridicidad como deber fundamental del obrar de los agentes públicos se quiere significar, en suma, que el ordenamiento jurídico no es de modo alguno un valor susceptible de sacrificio ni siquiera en el altar de una *eficacia* que, como fin en sí mismo, sólo procure la obtención de resultados [47].

---

profundiza al atribuir a ciertos tratados (relativos a derechos humanos) jerarquía constitucional limitada (sobre el tema, ver BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, ps. 126 y ss, en especial, ps. 136 y ss.).

[42] La Procuración del Tesoro de la Nación, órgano superior del Cuerpo de Abogados del Estado, ha sostenido que el precedente no es fuente de derecho administrativo y no impone, por tanto, resolver cuestiones idénticas de igual manera, sino cuando el derecho objetivo así lo autoriza (*Dictámenes* 168: 94). Por nuestra parte, pensamos que el precedente integra el sistema jurídico en tanto en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, lo cual supone, desde luego, la legalidad de aquél (COMADIRA, Julio [con la col. de MONTI, Laura], *Procedimientos Administrativos (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 152). La igualdad, por eso, no puede esgrimirse para pretender una reiteración de la ilegalidad, porque el precedente ilegal conduce no a la igualdad ante la ley, sino a la igualdad fuera de la ley (LÓPEZ RODÓ, Laureano, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", RAP, vol. 1, 100/102, p. 338).

[43] GRAU, Armando, en la voz "Legalidad" de la Enciclopedia Jurídica Omeba, incluye a los contratos administrativos dentro del bloque de legalidad.

[44] CSJN, causa S. 182.XXIV. "Serra", sentencia del 26/10/1993, *Fallos:* 316: 2454.

[45] Sobre el criterio a emplear para determinar el alcance de la competencia de los entes y órganos estatales remito a COMADIRA, J., *Procedimientos...*, t. I, cit., p.156).

[46] Señala el autor español Marcos Gómez Puente que debe darse un paso más en la elaboración de la doctrina de la vinculación positiva, de modo que la legalidad no sólo opere como título activo de la acción pública sobre la esfera de interés individual, sino también como título de sujeción que los destinatarios de la actuación administrativa puedan hacer valer frente a la omisión de ésta. Se trata, pues, de que la Administración no sólo pueda hacer aquello que autoriza la ley, sino de que tenga que realizarlo. Es el concepto de la legalidad *encargo* (*La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, ps. 78 y ss.). Sobre las proyecciones sociales, efectivizadas por la jurisprudencia, de esta visión de la legalidad, remitimos a nuestra obra *Derecho administrativo...*, cit., Cap. XIX.

[47] Bien afirma Rodríguez Arana Muñoz que la eficacia debe ir unida con el compromiso de los derechos fundamentales que vinculan igualmente la actuación de la Administración Pública de acuerdo con la legalidad (*Principios de Ética Pública...*, cit., p. 16).

Valga esta aclaración, toda vez que no es posible concebir a dicha eficacia al margen de la juridicidad. En un Estado de Derecho, la antijuridicidad, aun cuando reconozca como fundamento aparente y eventualmente invocado a la eficacia, no es, en rigor, sino una variante de la ineficacia [48].

Es dable advertir, entonces, contra las tendencias empiristas actuales que parecen dar prioridad protagónica a lo instrumental, y, de ese modo, concluyen en que lo eficaz es, por ello mismo, justo. Como señala Parejo Alfonso, la dificultad con la que tropieza esta forma de operar deriva de la diferencia insalvable que existe entre la organización privada empresarial y la organización colectiva. La primera se articula sobre los principios de la autonomía, capacidad universal y libertad en el marco de la ley (vinculación negativa al Derecho), mientras que la segunda lo hace sobre los de heteronomía, capacidad por atribución y vinculación positiva a la Ley y el Derecho [49].

El procedimiento administrativo, en tanto cauce formal de la función administrativa, constituye, en ese sentido, un instrumento bipolar insoslayable de garantía, por un lado, de una actuación funcionarial enderezada al interés público y, por ende, al comportamiento ético y, por otro, del interés individual [50].

3.4. Deber de transparencia

Este deber, contemplado en el art. 2° inc. e), y desprendido del inciso h) del mismo artículo de la Ley, se integra con tres mandatos.

En primer lugar, la obligación de todo agente de "Fundar sus actos"; en segundo término, la de "mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas, sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan" (inc. e) y, en última instancia, el deber de "Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad" [51].

[48] Incluso para el logro del crecimiento económico (Frías, Pedro, "Ética y Seguridad Jurídica", *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, vol. 73, ps. 47 y ss.).

[49] Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración*, MAP, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995, ps. 114, 115 y 117.

[50] González Pérez, Jesús, *La ética...*, cit., ps. 69 y 71.

[51] Al respecto, se ha afirmado que "La transparencia requiere no sólo que el gobierno responda a los pedidos de documentos e información, sino que provea informes sobre bases regulares para que el público tenga la oportunidad de participar antes de la adopción de las decisiones y no tenga que reaccionar después que estas decisiones han sido tomadas" (Werksman, Richard - Manfroni, Carlos, "La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción", RDA, vol. 21-23, Buenos Aires, p. 345).

3.4.1. Transparencia y motivación de los actos

En lo que atañe al primero de los aspectos enunciados, cabe señalar que la previsión es coherente con lo establecido en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) 19.549, la cual, en armonía con la doctrina más moderna y sin formular distinción alguna, erige a la motivación en requisito esencial del acto administrativo (art. 7, inc. e) [52], de manera que su ausencia o la existencia en ella de un vicio grave, determina, según se desprende del art. 14 inc. b) de la mencionada ley, la violación de una forma esencial y, por ende, la nulidad absoluta del acto respectivo [53].

Si bien la motivación puede surgir, a mi juicio, del mismo texto del acto —motivación contextual— como de sus antecedentes, y así lo han aceptado, en general, la jurisprudencia administrativa y judicial [54], es, sin embargo, inadmisible la motivación posterior al acto, porque tal posibilidad implicaría aceptar el saneamiento de un acto nulo de nulidad absoluta [55].

Ahora bien, aun cuando la motivación tiene importancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas, porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión, su estricta configuración —de los modos que hemos valorado como aceptables— es, no obstante, particularmente exigible, cuando aquél es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquélla el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio [56]. En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad se justifica ante el administrado y se justifica también ante sí misma [57].

Siendo ello así, es plausible la previsión de la Ley de Ética Pública que, con meridiana claridad y amplitud, exige el deber de fundar los actos que el funcionario emita, correspondiendo asignar a dicho término su sentido más am-

[52] TAWIL, Guido - MONTI, Laura, *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 58. Sobre el tema véase, además, CHASE PLATE, Enrique, *La motivación del acto administrativo*, Asunción, 1978; DE LA VALLINA VELARDE, Juan L., *La motivación del acto administrativo*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, en especial p. 42; FERNANDO PABLO, Marcos, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993; MARTÍNEZ, Patricia, "Motivación del acto administrativo", JA 1986-II-817.

[53] COMADIRA, J., *Procedimientos...*, t. I, cit, p. 321.

[54] TAWIL, G. - MONTI, L., *La motivación...*, cit., ps. 70 y ss. Estos autores se pronuncian, en cambio, en contra de la motivación *in aliunde*.

[55] TAWIL, G. - MONTI, L., *La motivación...*, cit., ps. 70 y ss.; MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 657.

[56] Como expresa Rodríguez Arana Muñoz, "en especial son las potestades discrecionales y de información confidencial los elementos que proporcionan una posibilidad de actuación de acuerdo o no con los principios de la Ética Pública" (*Principios...*, cit, p. 12).

[57] Concepto que tomamos de una sentencia constitucional española, cit. por FERNÁNDEZ, Tomás R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, p. 108.

plio e incluir en él, por tanto, a los actos en sentido técnico, a los denominados *internos* y a los de alcance general, normativos o no.

3.4.2. Transparencia y acceso a la información

El funcionario decisor debe mostrar la mayor transparencia en las decisiones que adopte, sin restricciones informativas que no resulten de una norma expresa [58], o bien del interés público cuando éste claramente lo exija.

Considero que, incluso en esta última hipótesis (interés público que claramente exige impedir el acceso a la información) es deber de la Administración, ante una petición del administrado, fundar adecuadamente cuáles son las concretas razones de interés público que, en el caso, vedan el acceso pretendido.

Téngase en cuenta que esta disposición se enlaza decididamente con uno de los principios liminares de todo régimen republicano y del Estado de Derecho mismo, cual es el de la publicidad de los actos de gobierno.

La raíz constitucional del principio de publicidad se ha visto fortalecida con motivo de la Reforma Constitucional de 1994, en tanto se otorga a los consumidores y usuarios de los servicios —entre ellos, los públicos— el derecho a una información adecuada y veraz (art. 42, primer párrafo, CN).

En la doctrina constitucional, a partir del principio republicano de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de la idea de que donde hay un poder de gobierno, cualquiera sea el departamento de que se trate, debe haber una responsabilidad, se ha derivado, como consecuencia, a la publicidad de los actos de gobierno como instrumento imprescindible para hacer efectiva aquella responsabilidad [59].

Ese concepto se conjuga con el pensamiento del maestro Marienhoff, quien, al referirse a la publicidad, con cita de Jeze, afirma: "La importancia de este requisito o principio es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la publicidad es la garantía de que todo se hará correctamente" [60].

La significación del principio bajo análisis explica la preocupación normativa por establecer reglas que aseguren la publicidad de la documentación admi-

[58] V. gr., la imposibilidad de acceder a las actuaciones en el proceso de selección del contratista público, durante la etapa de evaluación de las ofertas (arts. 19 del decreto 1023/2001 y 62 y 63 del Reglamento aprobado por el decreto 436/2000).

[59] González Calderón, Juan A, *Curso de derecho constitucional*, 4ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1963, ps. 54 y 55.

[60] Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 202. Es característica del gobierno republicano, por lo demás, su sujeción a la crítica y al contrapeso constante de la opinión pública (González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, 17ª ed., Ángel Estrada & Cía., Buenos Aires, p. 269).

nistrativa relevante y necesaria para controlar el cumplimiento de las disposiciones de administración financiera, establecidas, por ejemplo, en la Ley de Convertibilidad Fiscal, y otras disposiciones que afirman el derecho de los ciudadanos a la publicidad de los actos de gobierno.

En particular, la citada Ley de Convertibilidad Fiscal 25.152 impone la publicidad de una vasta cantidad de documentos financiero-contables emanados de la Administración, tales como las órdenes de compra y todo tipo de contratos públicos, así como de aquella documental necesaria para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del sistema nacional de administración financiera, y las establecidas por la propia ley (art. 8° incs. b] y m]).

Es importante destacar que el Poder Ejecutivo Nacional dictó, en fecha reciente, el decreto 1172/2003, relativo a la mejora de la calidad de la democracia y de sus instituciones, en virtud del cual aprobó cinco reglamentos referidos a las *Audiencias Públicas* [61], a la *Publicidad de la Ges-*

[61] La norma, aprobada como Anexo I, reconoce como objeto la regulación del mecanismo de participación ciudadana en las Audiencias Públicas y establece el marco general para su desenvolvimiento. Así, a lo largo de cuatro capítulos, el Reglamento prevé las *Disposiciones Generales* (Capítulo I); la *Etapa Preparatoria* (capítulo II); el *Desarrollo* (Capítulo III); y la *Etapa Final* (capítulo IV). En el Capítulo I (*Disposiciones Generales*), además de fijarse el *objeto* del Reglamento, se determinan su *ámbito de aplicación* (todas las audiencias públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y cualquier otro ente que funcione en jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional); se *describe* la Audiencia Pública (como una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en el cual se habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquel que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general exprese su opinión); se establece la *finalidad* de ellas (permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública, opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones sobre la cuestión sometida a consulta); se enuncian los *principios que* deben inspirarlas (igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad); los *efectos* atribuibles a las opiniones y propuestas vertidas (no vinculantes); se precisan las competencias de la *Autoridad Convocante* (a la cual erige como titular del poder decisorio relativo al objeto de la Audiencia y le asigna la función de convocarla por acto administrativo expreso, de presidirla —salvo que delegue esta facultad— y de determinar el lugar de realización, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el interés público comprometido); del *Área de Implementación* (dependiente de la Autoridad Convocante y responsable de la implementación y organización general) y del *Organismo Coordinador* (La Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y, en su caso, la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, organismos que pueden participar a solicitud de la Autoridad Convocante, sin perjuicio de la función que les compete de asistir a ésta y al Área de Implementación en la organización de Audiencias Públicas específicas). Y en este mismo capítulo I, el Reglamento también determina la *legitimación exigible para solicitar la realización de Audiencias Públicas y para participar en ellas*. Respecto de la solicitud, prescribe que toda persona física o jurídica, pública o privada, puede peticionar la realización de una Audiencia Pública mediante presentación fundada ante la Autoridad Convocante, la cual, dentro de los treinta días, debe resolver por acto administrativo fundado y notificado fehacientemente. La participación en la Audiencia (realizable en forma personal o por representante y, de corresponder, con patrocinio letrado) es, a su vez, autorizada a toda persona física

tión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional [62], a la *Elaboración*

o jurídica (éstas deben actuar por medio de sus representantes acreditados por el instrumento legal correspondiente, debidamente certificado, admitiéndose un solo orador en su nombre) que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la Audiencia. En el capítulo II (*Etapa Preparatoria*) se consignan los *requisitos para participar*: inscripción previa en un Registro habilitado al efecto (dentro del plazo fijado, en forma libre y gratuita, a través de un formulario preestablecido y con las modalidades establecidas por el Área de Implementación, siendo obligación de los responsables del Registro certificar la inscripción, con número de orden, y la recepción de informes y documentos), presentación escrita de un informe (que refleje el contenido de la exposición) y, eventualmente, acompañamiento de cualquier otra documentación y/o propuestas vinculadas con el tema; se define *el carácter público* de la Audiencia (abierta al público en general y a los medios de comunicación); se regula detalladamente la *Convocatoria* (contenido y modo de publicación y difusión); se impone *la obligación de sustanciar un expediente* (el que debe acumular las constancias de todas las etapas de la Audiencia y estar siempre a disposición de los interesados para su consulta y, en su caso, fotocopiado a su cargo); se fijan el *orden de las exposiciones* (conforme a la inscripción en el Registro), *el tiempo de éstas* (no menos de cinco minutos, correspondiendo al Área de Implementación determinar el máximo y las excepciones correspondientes a los expertos convocados, a funcionarios que presenten el proyecto materia de decisión o autorizaciones conferidas por la Autoridad Convocante) y su eventual *unificación* (por decisión del Presidente de la Audiencia o a pedido de los participantes, cuando haya partes con intereses comunes); finalmente, se establecen *el contenido del orden del día*; *las condiciones del espacio físico y el obligatorio registro taquigráfico del procedimiento*. El capítulo III (Desarrollo) disciplina el *comienzo del acto* (a cargo del Presidente quien debe realizar una relación sucinta de los hechos y el derecho a condiderar y exponer los motivos y objetivos de la convocatoria); *las facultades y deberes del Presidente de la Audiencia*; las condiciones para ser *partes* en la Audiencia (los inscriptos en el registro, únicos, además, habilitados para intervenir oralmente); la posibilidad de formular *preguntas por escrito* (asistentes sin inscripción previa autorizados por el Presidente, que debe resolver el modo de respuesta); *la entrega de documentos* (posible para las partes al hacer uso de la palabra, respecto de documentos e informes no agregados al momento de la inscripción); *otras intervenciones no previstas* (sólo aprobables por el Presidente); el *modo de desarrollo de la audiencia* (intervención de funcionarios correspondientes al área encargada o afectada por la materia a tratarse; partes; expertos; prórroga o interrupción de la Audiencia); *irrecurribilidad de las resoluciones dictadas durante el procedimiento y formalidades de la clausura*. En el capítulo IV, se regula, por último, lo atinente a la Etapa Final, contemplándose la elaboración de un *Informe Final* del Área de Implementación a la Autoridad Convocante (en el cual se deben describir sumariamente las intervenciones e incidencias de la Audiencia, sin abrir juicio de valor; dar cuenta de la publicación y difusión de la realización de aquélla con el contenido que indica el reglamento); la posibilidad de la Autoridad Convocante de encargar *estudios especiales* vinculados con el tema de la Audiencia y la emisión de la *Resolución Final*, dentro de los treinta días de la recepción del Informe pertinente del Área de Implementación, en la cual la Autoridad Convocante debe fundar su decisión y explicar de qué manerea ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza.

[62] Este Reglamento, integrado sólo por el Capítulo I (*Disposiciones Generales*), consigna en su art. 2 (*Descripción*) que corresponde entender por Gestión de Intereses toda actividad desarrollada —en modalidad de audiencia— por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por sí o en representación de terceros —con o sin fines de lucro— cuyo objeto consista en influir en el ejercicio de cualquiera de las funciones y/o decisiones de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción

Participativa de Normas [63], al *Acceso a la Información Pública* [64] y a las *Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos* [65].

---

del Poder Ejecutivo Nacional. De acuerdo con lo establecido por el art. 3 *(Obligatoriedad)*, los funcionarios que el decreto enuncia en su art. 4 están obligados a registrar toda audiencia cuyo objeto consista en alguna de las actividades definidas precedentemente, a cuyo fin deben prever la creación de un Registro de Audiencias de Gestión de Intereses acorde con el modelo que dispone aprobar el art. 5 *(Registro)* y a tenor del contenido (solicitudes de audiencias, datos del solicitante, intereses que se invocan, participantes de la audiencia, lugar, fecha, hora y objeto de la reunión; síntesis del contenido de la audiencia y constancias de las audiencias efectivamente realizadas) fijado por el art. 6 *(Contenido)*. Son funcionarios obligados al registro de las Audiencias de Gestión de Intereses, art. *(Sujetos Obligados)*, el Presidente de la Nación, el Vicepresidente de la Nación, el Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros, Secretarios y Subsecretarios, Interventores Federales, autoridades superiores de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional y los agentes públicos con función ejecutiva cuya categoría sea equivalente a Director General. Si la solicitud de audiencia fuera dirigida a un funcionario con dependencia jerárquica y que cumpla funciones de dirección, asesoramiento, elaboración de proyectos o que tenga capacidad de influir en las decisiones de los funcionarios enunciados, debe comunicar el requerimiento por escrito al superior obligado en un plazo no mayor de cinco días para que éste proceda a su registro. Preceptúa el art. 7 *(Publicidad)* que toda la información contenida en los Registros de Audiencias de Gestión de Intereses tiene carácter público, debiéndose adoptar los recaudos necesarios para garantizar su libre acceso, actualización diaria y difusión a través de la página de Internet del área respectiva, excepto cuando el tema objeto de la audiencia hubiera sido expresamente calificado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional o por Ley del Congreso como información reservada o secreta, o bien cuando se trate de una presentación escrita de impugnación o reclamo que se incorpore a un expediente administrativo (art. 8, *Excepciones*) La norma en comentario, a la vez que otorga amplia legitimación para exigir administrativa o judicialmete su cumplimiento a toda persona física o jurídica, pública o privada (art. 9, *Legitimación)*, determina que el incumplimiento de las obligaciones estipuladas configura falta grave, sin perjuicio de otras responsabilidades civiles y penales (art. 10, *Sanciones)*. El Reglamento establece, finalmente (art. 11, *Autoridad de Aplicación*), que será Autoridad de Aplicación la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y asigna a la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos la función de recibir, formular e informar a las autoridades responsables las denuncias que se formulen en relación con el incumplimiento de las obligaciones establecidas (art.12, *Denuncias*).

[63] Este Reglamento, aprobado como Anexo V, tiene como objeto, según él mismo consigna, regular el mecanismo de Elaboración Participativa de Normas y establecer el marco general para su desenvolvimiento. Así, a lo largo de tres capítulos prevé las *Disposiciones Generales* (Capítulo I); *la Etapa Inicial* (capítulo II) y la *Etapa Final* (Capítulo III). En el Capítulo I fija el ámbito de aplicación (organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y cualquier otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional); *describe* la Elaboración Participativa de Normas como mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación; fija su *finalidad* (permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley a ser presentados por el Poder Ejecutivo al Congreso); enuncia los *principios* que se deben garantizar (igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad); determina los *efectos* no vinculantes de las opinio-

Todos los Reglamentos citados, motivados expresamente en los principios

nes y propuestas que se presenten durante el proceso; precisa las competencias de la *Autoridad Responsable* (considera tal al área a cargo de la elaboración de la norma, a cuya máxima autoridad confiere la dirección del procedimiento, salvo que delegue tal atribución) y del *Organismo Coordinador* (la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y, en casos relacionados con su competencia, la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción, organismos, éstos, a las que la Autoridad Responsable puede solicitar participación si lo considera oportuno, sin perjuicio de la competencia que les corresponde para asistir técnicamente a la Autoridad Responsable en el procedimiento respectivo). En este mismo Capítulo la norma habilita como participantes en el procedimiento a toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse. En el Capítulo II (*Etapa Inicial*) se regula el *inicio del procedimiento* (a cargo de la Autoridad Responsable, mediante acto administrativo expreso); se determina *quiénes pueden solicitar la realización del procedimiento* (toda persona física o jurídica, pública o privada) mediante presentación fundada ante la Autoridad Responsable, la cual debe expedirse, dentro del plazo de treinta días, mediante acto administrativo fundado y notificado fehacientemente; se establece *el contenido del acto de apertura y su modo de publicación y difusión; se impone la obligación de sustanciar un expediente* (iniciado con el acto de apertura del procedimiento, conformado por las copias de su publicación, las opiniones y propuestas recibidas y las constancias de cada una de las etapas y puesto siempre a disposición de los interesados para consulta y fotocopiado a su cargo); se fija también la obligación de la Autoridad Responsable de habilitar un *Registro* (para la incorporación de las opiniones y propuestas, que se deben realizar por escrito, libre y gratuitamente, a través del formulario preestablecido y en el lugar determinado en el acto de apertura, debiendo los responsables del Registro certificar la recepción de las opiniones y/o propuestas que reciban); se establece el plazo de las presentaciones (no inferior a quince días a partir de la apertura del procedimiento); se impone a la Autoridad Responsable el deber de habilitar una casilla de correo electrónico y una dirección postal para recibir *Comentarios Informales*, que se deben publicar y no se agregan al expediente; finalmente, la Autoridad Responsable es facultada para encargar la realización de *estudios especiales o rondas de consultas* relacionadas con la norma motivo del procedimiento, con el fin de generar información útil para la toma de la decisión. En el capítulo III (*Etapa Final*), el reglamento prevé la obligación de la Autoridad Responsable de dejar constancia en el expediente de la cantidad de opiniones y propuestas recibidas, y de cuáles considera pertinentes incorporar a la norma a dictarse, debiendo expedirse únicamente sobre las presentaciones agregadas a aquél; exige, asimismo, dejar constancia en los fundamentos de la norma de la realización del procedimiento, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas a causa de éste e impone a la Autoridad Responsable la obligación de la publicación de la norma en el Boletín Oficial por un día y su incorporación a la página de Internet de dicha Autoridad.

[64] Este cuerpo normativo, compuesto por dos capítulos, reconoce como objeto en el artículo 1 (*Objeto*) del capítulo I (*Disposiciones Generales*) la regulación del mecanismo de Acceso a la Información Pública, estableciendo el marco general de su desenvolvimiento es aplicable en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y cualquier otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional (art. 2, *Ámbito de Aplicación*). Y según determina la misma claúsula, sus disposiciones son igualmente aplicables a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o enti-

de publicidad de los actos de gobierno y el derecho de acceso a la información

dades, y a las empresas privadas a las que se les hayan concedido mediante permiso, licencia, concesión, o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público. El Acceso a la Información Pública, concebido como una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho de requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos alcanzados por el decreto (art. 3, *Descripción*), determina como finalidad permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través de la provisión de información completa, adecuada, oportuna y veraz (art. 4, *Finalidad*). A los efectos del decreto se considera información toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato, creada u obtenida por los sujetos obligados o que obren en su poder o bajo su control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por el erario público, o que sirva de base para una decisión administrativa, incluyendo las actas de reuniones oficiales. La obligación de proveer la información se excluye si el funcionario o sujeto requerido no tiene la obligación de crear o producir la información de la que carece al momento del pedido, salvo que el Estado esté legalmente obligado a producirla, en cuyo caso debe proveerla (art. 5, *Alcances*). La legitimación para solicitar, acceder y recibir información es reconocida a toda persona física o jurídica, pública o privada, sin que sea necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado (art. 6, *Sujetos*) y el mecanismo de Acceso a la Información debe garantizar el respeto de los principios (art. 7, *Principios*) de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad, este último en tanto no se requiera reproducción, siendo las copias a costa del solicitante (art. 9, *Gratuidad*), presumiéndose pública toda información producida u obtenida por y para los sujetos alcanzados (art. 8, *Publicidad*). Quienes posean la información deben prever su adecuada organización, sistematización y disponibilidad, asegurando un amplio y fácil acceso, sin otras condiciones que las fijadas expresamente en el decreto, y están asimismo obligados a generar, actualizar y dar a conocer información básica suficientemente detallada a los efectos de su individualización, con el fin de orientar al público en el ejercicio de su derecho (art. 10, *Accesibilidad*). En el capítulo II (*Solicitud de Información*), el artículo 11 (*Requisitos*) establece que la solicitud de información se debe realizar por escrito y con identificación del requirente sin que éste deba expresar el propósito de la requisitoria, de la cual puede exigir una constancia. El acceso a la información se debe permitir en el momento en que es solicitado o ésta debe ser provista dentro de un plazo no mayor de diez días, prorrogable, excepcionalmente, por otros diez mediante acto fundado cuya comunicación fehaciente se debe realizar antes del vencimiento del plazo, si median circunstancias que hacen difícil reunirla. La información se debe brindar en el estado en que se encuentre al momento de la petición, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla, aun cuando se la debe proteger si contiene datos personales o perfiles de consumo (art. 12, *Respuesta*). Conforme con lo dispuesto por el art. 13 (*Denegatoria*), la requisitoria sólo se puede denegar por decisión fundada de un funcionario de jerarquía equivalente o superior a Director General, cuando la información no existe o está incluida en alguna excepción, y si vencidos los plazos la demanda de información no se hubiera satisfecho o la respuesta hubiere resultado ambigua, parcial o inexacta (art. 14, *Silencio*), el reglamento considera configurada la negativa en brindarla, quedando expedita la acción de amparo por mora prevista por el art. 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Los obligados por el decreto que en forma arbitraria e injustificada obstruyan el acceso del solicitante a la información requerida, la suministre de modo incompleto, permita el acceso a información eximida de los alcances del decreto o que de cualquier otro modo obstaculice el cumplimiento del Reglamento, será considerado incurso en falta grave, sin perjuicio de otras responsabilidades civiles y penales (art.15, *Responsabilidades*). El art. 16 del decreto (*Excepciones*) enuncia como excepciones a la obliga-

pública garantizados por la Constitución Nacional en sus artículos 1, 33, 41, 42

ción de proveer información a los siguientes supuestos: información clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior; la que pudiera comprometer el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; la relativa a secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; la que comprometa derechos o intereses legítimos de terceros obtenida con carácter confidencial; la preparada por los sujetos alcanzados con el fin de regular o supervisar instituciones financieras o por terceros para ser utilizada por aquéllos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento, o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; la preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio del debido proceso; cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; las notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no forme parte de un expediente; la información referida a datos personales de carácter sensible en los términos de la ley 25.236, cuya publicidad constituya una vulneración al derecho a la intimidad y al honor, salvo consentimiento expreso del afectado y la información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona. Para el caso de que un documento contenga información parcialmente reservada (art. 17, *Información parcialmente reservada*), los sujetos alcanzados por el decreto deben permitir el acceso a la parte de aquélla que no esté amparada por la reserva. La autoridad de aplicación y la tramitación de las denuncias es, finalmente, asignada a las mismas autoridades conempladas en el Reglamento de Gestión de Intereses (arts. 18 y 19, respectivamente).

[65] El Reglamento reconoce como objeto regular el mecanismo de las reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos y establecer el marco general de su desenvolvimiento. Así, en dos capítulos, contempla las *Disposiciones Generales* (Capíulo I) y el *Procedimiento* (Capítulo II). En el Capítulo I contempla el *Ámbito de Aplicación* (reuniones convocadas por los Órganos de Dirección de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, de las que forme parte el número mínimo de miembros suficiente para la formación del *quorum* que permita la toma de decisiones); la *descripción* de las reuniones abiertas (en tanto instancia de participación en la cual el Órgano de Dirección habilita a la ciudadanía para que observe el proceso de toma de decisiones); la *finalidad* (permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios; *los principios* a garantizar (igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad); *la publicidad* (se presumen públicas y abiertas todas las reuniones de los Órganos de Dirección de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, salvo las excepciones expresamente enunciadas); *los participantes* (toda persona física o jurídica, pública o privada, que tenga interés en hacerlo, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, ni interés legítimo), y el *lugar de realización* (determinado por el Órgano de Dirección de acuerdo con las circunstancias del caso y el interés público comprometido). En el capítulo II (*Procedimiento*) se regulan, a su vez, los siguientes aspectos: los requisitos para *presenciar las reuniones* (no se requiere el cumplimiento de formalidad alguna); el carácter público de las reuniones (pueden ser presenciadas por el público en general y por los medios de comunicación); *el contenido de la convocatoria*; *las reuniones urgentes* (sólo excepcionalmente se puede convocar, por razones de urgencia debidamente fundadas y asentadas en un acta que debe suscribir la autoridad superior del Órgano de Dirección a la reunión con una anticipación de veinticuatro horas); *las reuniones secretas* (sólo procedentes cuando lo establezca una ley o un decreto, o cuando se traten los temas que enuncia el decreto (v. gr., información expresamente clasificada, en especial relativa a seguri-

y ccs. del Capítulo Segundo —nuevos Derechos y Garantías— y 75, inciso 22 (que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales), son, al menos en el terreno de la teoría, normas elogiables en la medida en que profundizan las consecuencias de la forma republicana adoptada por la Constitución y se encuadran en las corrientes que prevalecen en el derecho comparado [66]. La amplia legitimación para exigir su cumplimiento y el adecuado control judicial de éste constituyen garantías alentadoras de una vigencia real.

3.4.3. Transparencia y principios de la contratación administrativa

Es posible observar el empleo frecuente de la locución *transparencia* con un contenido que podría, quizás, asimilarse a una síntesis de aquello que la doc-

---

dad, defensa o política exterior; la riesgosa para el correcto funcionamiento del sistema bancario o financiero; los secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; información que comprometa derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; información preparada por abogados o asesores jurídicos de los Entes cuya publicidad pueda revelar la estrategia a adoptar en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; informaciones protegidas por el secreto profesional; notas internas o recomendaciones con carácter previo al dictado de un acto o de la toma de una decisión, que no integren el expediente; aspectos relativos exclusivamente a normas y prácticas internas del Ente Regulador; información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la ley 25.326— cuya publicidad implique una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, excepto que medie consentimiento del eventual afectado; información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona); *el caso de las reuniones nulas* (toda resolución que declare secreta una reunión es susceptible de control judicial, y si en esta sede se produce una decisión judicial firme que deja sin efecto el secreto de una reunión ya realizada, ella debe ser declarada nula, debiéndose convocar a una nueva reunión, de carácter abierto, a los mismos efectos); *las responsabilidades de los miembros de los Órganos de Dirección de los Entes Reguladores* (deben abstenerse de efectuar reuniones que violen el decreto y de debatir por otro medio o en cualquier otra oportunidad los temas que formen parte del orden del día, bajo apercibimiento de incurrir en falta grave y sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan); *las actas* (deben estar a disposición de quienes la soliciten y ser publicadas en el sitio de Internet del Ente Regulador en un plazo no mayor de quince días de celebrada la reunión) y, finalmente, la *legitimación para exigir administrativa o judicialmente el cumplimiento del reglamento* (toda persona física o jurídica, pública o privada).

[66] Un excelente estudio comparado referido al derecho de acceso a la información pública y a los principios que deben regularla, se puede ver en VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, especialmente ps. XXXIV y ss., XXXVI y ss., y LIV y ss.

trina clásicamente estudió como principios propios de la contratación administrativa o, más específicamente, de la licitación pública [67].

La Ley de Ética Pública determina, en ese sentido, que el agente público tiene el deber de observar en las contrataciones administrativas en las que intervenga, los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (art. 2°, inc. h]).

Y corresponde puntualizar que, en consonancia con estas disposiciones atinentes a la ética pública, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (decreto delegado 1023/2001) establece que éstas se deberán ajustar a los principios de razonabilidad del proyecto y eficiencia en la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; concurrencia de los interesados y competencia entre oferentes; *transparencia* en los procedimientos; publicidad y difusión de las actuaciones; responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen los contratos, e igualdad de tratamiento para interesados y oferentes (art. 3°).

Es muy importante destacar que estos principios habrán de regir "Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato", pues durante ese período "toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una *rigurosa* observancia de los principios que anteceden" (art. 3°, párrafo final, énfasis agregado).

Por su parte, el "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional" (decreto 436/2000) consagra a la transparencia, junto con la igualdad, la promoción de la concurrencia, la competencia y la ética como uno de los principios que deben inspirar la elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares definitivos (art. 12 *in fine*).

El principio es estudiado, con similar alcance, por reciente doctrina [68].

No es ésta la ocasión para insistir en la exposición de las razones que en el plano constitucional, supralegal y legal dan fundamento a la afirmación del principio de la seleccionabilidad reglada y pública como regla general aplicable para la selección del contratista del Estado [69]; sólo cabe, pues, recordar que, en una

[67] Por ejemplo, la ley 23.696 de Reforma del Estado consignó, en su momento, que los procedimientos de selección debían asegurar la máxima publicidad y *transparencia* (art. 18, primer párrafo). Con parecido fin, el decreto 558/1996, por el que se sometió a determinadas contrataciones al sistema de Precio Testigo, sostuvo que uno de los objetivos perseguidos por la norma radicaba en el logro de una mayor *transparencia* en los actos de gobierno.

[68] Por ejemplo, VANOSSI, Jorge, "La transparencia en las contrataciones oficiales", en la obra colectiva *El derecho público actual, Homenaje a Pablo A. Ramella*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 205; Richard Werksman, comentario a la CICC, en la obra de MANFRONI, Carlos, *La Convención Interamericana contra la Corrupción*, cit., p. 66; CAPUTI, Claudia, *La ética...*, cit., p. 136 y ss.

[69] Remito, a ese efecto, a mi libro *Licitación pública (Noción, Principios, Cuestiones)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, especialmente ps. 83 y ss.

república, las formas (y la selección reglada y pública es un conjunto de formas jurídicamente reguladas a cumplir por la Administración y los interesados) son aliadas inseparables de la transparencia.

4. Deber de imparcialidad

La Ley de Ética Pública obliga a los agentes estatales a abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil (art. 2, inc. i).

El deber de excusarse persigue —al igual que el instituto de la recusación, en tanto derecho de los particulares— el apartamiento del agente de algún modo pasible de sospecha por parcialidad, con el fin, justamente, de preservar la necesaria objetividad en la tramitación y resolución de un asunto.

Si bien excede el marco propio de esta ponencia, no puedo dejar de destacar la nociva influencia que sobre la imparcialidad exigible a los agentes estatales, ejerce la denominada *laboralización* del empleo público, pues al significar ésta la privación a aquéllos de la estabilidad *propia* garantizada por el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, genera una precariedad laboral que se erige en obstáculo insalvable a la profesionalización e independencia del servidor público.

IV. La Ley de Ética Pública y el régimen de declaraciones juradas patrimoniales y de antecedentes laborales

Una consecuencia común, aunque no necesaria, de la venalidad administrativa suele ser el acrecentamiento patrimonial del agente que la practica.

Es por ello que la CICC, en su batallar por la prevención, detección, sanción y erradicación del flagelo de la corrupción, prevé que los Estados suscriptores consideren la aplicación de medidas que contemplen sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos, por parte de las personas que desempeñan funciones públicas y para la publicación de tales declaraciones, cuando corresponda (art. III, inc. 4).

Por otra parte, es indudable la relación existente entre este requisito y el delito de enriquecimiento ilícito.

Se entiende: la declaración jurada es el documento en el cual es dable contrastar la situación patrimonial de los agentes con sus ingresos por el desempeño funcional. Si esta ecuación arroja un saldo irrazonable, por superar el acrecentamiento patrimonial las posibilidades económico-financieras que derivan de los ingresos declarados, se estará ante una situación en la que será necesario que, previo requerimiento y ante el juez penal, el servidor público justifique las razones de dicho enriquecimiento (art. 268 —2— del Código Penal).

La ilación entre ambos institutos queda palmariamente expuesta cuando en la CICC, luego de postularse de la manera vista la necesidad de instrumentar estas declaraciones, se preceptúa que los Estados que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito el incremento del patrimonio de los funcionarios con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado (art. IX, primer párrafo).

Sin perjuicio de lo expuesto, debe considerarse también una segunda finalidad perseguida mediante la declaración jurada en cuestión. Me refiero a la obligación de consignar en ella los antecedentes laborales de aquellos funcionarios que no accedan a la función como resultado directo del sufragio universal, con el objeto de coadyuvar al control administrativo respecto de posibles conflictos de intereses (art. 12), aspecto éste que será desarrollado más adelante, al tratarse específicamente el punto.

Quizás en atención a todo lo señalado anteriormente es que en nuestro país, pionero en materia de tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, éste haya sido uno de los aspectos más regulados en los últimos años.

En efecto, la Ley de Ética Pública le dedica un Capítulo entero al régimen de declaraciones juradas patrimoniales (Capítulo III). Y el reglamento ejecutivo de la ley, decreto 164/1999, ocupa buena parte de su articulado en la regulación, fundamentalmente, de los pormenores y detalles de tales declaraciones (Capítulo II).

Para un análisis más particularizado de diversas cuestiones involucradas en la declaración jurada, remito, en mérito a la brevedad, a mi estudio anterior ya citado (*Procedimientos...*, cit., *in fine*, ps. 604 y ss.).

V. El régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses

La reiteradas veces mencionada CICC insta también a los Estados firmantes a crear, mantener y fortalecer normas de conducta orientadas a prevenir conflictos de intereses (art. III, inc. 1).

Al respecto, la Ley de Ética Pública contiene disposiciones que, con ánimo de sistematizar, pueden ser abordadas desde la siguiente perspectiva:

a) Aplicación en relación con otros regímenes de incompatibilidades.
b) Incompatibilidades genéricas. Deberes relativos a quienes quedaren comprendidos.
c) Incompatibilidades específicas.
d) Validez de los actos emitidos por funcionarios incursos en incompatibilidades y conflictos de intereses. Responsabilidades.

1. Las incompatibilidades de los regímenes específicos

Con buen criterio, la Ley estipula que las incompatibilidades que consagra se aplicarán sin perjuicio de las determinadas en el régimen específico de cada función.

Esta disposición no es más que una coherente aplicación del principio que, en materia de aplicación normativa, postula que la norma general posterior no desplaza a lo dispuesto en la especial anterior.

Y es lógico que así sea, pues recordemos que la ley en comentario tiene un ámbito de aplicación amplísimo, que abarca no sólo a los tres poderes clásicos y a todos los entes u organismos que en sus ámbitos se desempeñen, sino, también, al Ministerio Público de la Nación. Por ello, es razonable que en materia de incompatibilidades primen por sobre la ley aquellas disposiciones específicas que atienden a las particularidades de cada función estatal.

2. Incompatibilidades genéricas. Deberes de quienes quedaren comprendidos

En una disposición de poca feliz redacción por su oscuridad (y que, por tanto, analizaremos separándola en segmentos, en búsqueda de un poco de luz metodológica), la ley preceptúa que es incompatible con el ejercicio de la función (art. 13):

a)
— dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios,
— a quien gestione, o tenga una concesión, o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste,
— siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa,
— respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades.

b)
— ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

En otras palabras, no es legítimo que el funcionario preste servicios a quien posea o gestione una concesión, sea proveedor estatal o realice actividades reguladas por el Estado, pero siempre que el cargo público tenga competencia funcional directa en relación con la concesión, la provisión o la actividad regulada (art. 13, inc. a]).

Tampoco es compatible la calidad de funcionario con la de proveedor, por sí o por terceros, del organismo estatal en donde se cumplen funciones (art. 13, inc. b]).

Es claro que, en este punto, el *quid* de la cuestión de la incompatibilidad pasará por el alcance que se confiera al concepto jurídico indeterminado "competencia funcional directa" [70].

Ahora bien, si al momento de su designación, algún funcionario se encontrare alcanzado por las enunciadas incompatibilidades, deberá:

a) Renunciar, como condición previa para asumir.

b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres años (art. 15 de la Ley, sustituido por el Decreto Delegado 862/01).

Se trata de deberes sucesivos: primero, renunciar a la actividad privada incompatible y, ya en el ejercicio del cargo, excusarse de intervenir cuando se traten de asuntos o personas vinculadas.

3. Incompatibilidades específicas en materia de privatizaciones y concesiones

Es sabido que la Argentina llevó adelante, desde el año 1990, un importante proceso de privatizaciones de empresas y servicios públicos que antiguamente gestionaba directamente el Estado.

Con la finalidad de garantizar la independencia técnica e inmunizar de la injerencia política la regulación y control de tales empresas o servicios, la ley determina que aquellos funcionarios que hubieren tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, durante tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado (art. 14 de la ley, sustituido por el citado decreto 862/2001).

Esta modificación vino a romper la lógica de la disposición, al agregarle un límite temporal y al referirse, con exclusividad, a la "adjudicación".

En efecto, si la finalidad de la norma fue, como pienso, la antes apuntada, el mero paso del tiempo (tres años, límite inexistente en la redacción original) no

[70] Curiosamente, la Ley de Ética Pública es más flexible que, por ejemplo, la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, 25.164, y que todas las antecesoras de ésta en la materia, pues las incompatibilidades de la índole de las consideradas en el texto han sido siempre amplias, sin la restricción referida a la "competencia funcional directa" y extendidas, además, a los ámbitos provincial y municipal (art. 24, inc. b, de la ley citada).

garantiza que la injerencia política y la falta de independencia técnica no puedan sucederse una vez transcurrido dicho plazo. Parece más coherente la redacción original.

Adviértase que, en la redacción original, nadie que hubiere: a) planificado; b) desarrollado, y c) concretado las privatizaciones o concesiones, podía desempeñarse en los entes reguladores.

Con el texto actual, no podrán hacerlo en la medida en que a) no hayan transcurrido tres años; b) a la última *adjudicación* en la que hayan participado.

El requisito de haber participado de la *adjudicación* de la privatización o concesión también es novedoso y tiende a restringir las posibilidades de aplicación de la incompatibilidad. Si la finalidad buscada fue que no pudiesen integrar los entes reguladores quienes planificaron, desarrollado y concretaron el proceso de privatizaciones o de concesión, ¿por qué motivos luego se restringe la incompatibilidad exclusivamente a quienes participaron en la adjudicaron de aquéllas?

4. Régimen de los actos emitidos por funcionarios incursos en incompatibilidades y conflictos de intereses. Responsabilidades

El art. 17 de la ley establece que los actos emitidos en los supuestos de las incompatibilidades comentadas "serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe"; agregando luego que "Si se tratare del dictado de un acto administrativo, éste se encontrará viciado de nulidad absoluta, en los términos del art. 14 de la ley 19.549".

Se ha sostenido, en criterio que compartimos, que la norma incorpora una innovación en el régimen de invalidez de los actos, porque sobre la base de fundamentos éticos introduce expresamente una nueva causal de nulidad [71].

Como se observa, la norma fulmina con la nulidad absoluta los actos administrativos dictados con este vicio. Por lo demás, sólo considera los derechos de los terceros de buena fe, previsión que guarda coherencia con la doctrina emergente del fallo de la Corte en la causa "Almagro" [72], en tanto en este pronunciamiento el Alto Tribunal dejó sentado que el conocimiento, por el particular, del vicio afectante del acto, como causal habilitante de la revocación contemplada en el artículo 18 de la LNPA, es igualmente aplicable a la revocación del acto irregular, habida cuenta de que, de no ser así, el acto nulo de nulidad absoluta

[71] FRANDSEN, Ignacio, "Las incompatibilidades de la ley de ética en la función pública y la nulidad de los actos administrativos", ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 28/6/2000. Este autor, por otra parte, formula interesantes reflexiones sobre todo atinentes a la interpretación del art. 15 en su primigenia redacción.

[72] CSJN, "Almagro", 17/2/1998, ED, Serie Especial de Derecho Administrativo, 19/6/1998.

gozaría de mayor estabilidad que el acto regular. Es más, la parte final del comentado art. 17 de la ley 25.188 responsabiliza solidariamente a las firmas contratantes o concesionarias por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.

La norma persigue una finalidad loable: evitar que la responsabilidad disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, quede circunscripta al eventual funcionario incurso en la incompatibilidad, y, por ende, extenderla solidariamente y, en el aspecto patrimonial, a la empresa contratante o concesionaria, pues va de suyo que ésta no podía ignorar la situación en la que se encontraba el agente.

VI. La Ética Pública y los particulares

Por último, no está de más tener presente que el dramático problema de la corrupción reconoce dos caras de una misma moneda.

Quiero con esto significar que si sólo se asocia corrupción con *corrupción del funcionario*, se obtiene una visión parcializada de la cuestión y se olvida que, para que ésta resulte posible y se propague exitosamente, es necesaria, a la par, una corrupción de raíz privada que beneficia, alimenta y fortalece a la primera. Las visiones parciales de la realidad, además de no ser justas, generan, siempre, consecuencias disvaliosas.

En relación con este tema, y sin ánimo de afirmar que se tratara de casos de corrupción, aunque sí, al menos, de actos viciados de nulidad absoluta, es digna de destacarse la jurisprudencia de la CSJN que, en diversos precedentes y con distintas composiciones, no admitió la pretensión de contratistas particulares de valerse de disposiciones o actos viciados con aquella nulidad [73].

Es dable destacar que esta encomiable jurisprudencia viene a hacer efectivo el principio de colaboración que debe primar en las relaciones entre el Estado y los particulares, cuando éstos desempeñan el rol de contratistas que coadyuvan a la satisfacción de un interés público sin que quepa, con mayor razón aún que en otros casos, efectuar excepción alguna.

Justamente, esta calidad de colaborador, bien entendida, es la que impide que quienes no pueden razonablemente desconocer, en razón de su especialidad o solvencia técnica y jurídica, los vicios de los actos emitidos por la Administración, se favorezcan con ellos y exijan, injustamente, reparaciones cuya fuente es, precisamente, el acto viciado.

[73] Remito también en este aspecto a Comadira, J., *Derecho...*, cit., capítulo XXIII, ps. 640 y ss.

VII. Consideraciones finales

Desde hace ya algunos años está de moda la Ética Pública. Se la regula jurídicamente, los políticos la invocan y los líderes religiosos la requieren. Mientras tanto, los medios de comunicación denuncian sistemáticamente su ausencia, y la comunidad, cada vez con mayor énfasis, hace sentir su reclamo por ella.

En ese sentido, el plano normativo constitucional, legal y reglamentario ha recibido en nuestro país, al menos en la esfera federal, como he intentando demostrarlo con este trabajo, el impacto de la demanda social de ética en la función pública.

Es cierto que las posibilidades de éxito de cualquier diseño institucional disminuyen si "los propios funcionarios no son capaces de advertir que están en juego los valores en los que la sociedad basa su convivencia" [74], pues el desafío actual de la ética es "su interiorización por las personas concretas", en el caso, los miembros de la burocracia estatal" [75]; empero, si el anhelo social de ética pública no pretende alcanzar también a la propia conducta de los ciudadanos cuando éstos se vinculan de cualquier modo con el Estado, la regulación no sólo se muestra como jurídicamente incompleta, sino que, y por sobre todo, se evidencia como una muestra más de hipocresía social.

La conducta corrupta del agente estatal es, normalmente, interactiva con la del particular [76]. Por tal motivo, cuando se digitan licitaciones o concursos, se negocian o renegocian indebidamente contratos, se eluden multas o inspecciones, se medra con las limitaciones financieras del tesoro público, se evaden impuestos o de cualquier otra manera se consuman vínculos jurídico-públicos espurios en perjuicio del bien común, la ética pública se viola, sin duda, por el funcionario, pero también por el ciudadano que compite aparentemente en la licitación o concurso, negocia indebidamente el contrato, elude las sanciones, lucra insolidariamente a expensas del presupuesto público o evade la carga impositiva [77].

[74] Carbonell, M. - Vázquez, R. (coords.), *Poder...*, "Presentación", cit., p. 14.

[75] Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime, *Cuestiones deontológicas en torno al trabajo en la Administración Pública*, UCAM-AEDOS, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, 2003.

[76] "El hombre común tiende a identificar la corrupción con el ejercicio del poder: partidos políticos, Congreso, Gobierno Nacional, sindicatos, incluso, más abajo, Policía, Poder Judicial" (Fraga, Rosendo, "Los temas éticos según son percibidos por la sociedad", *Prudentia Iuris*, vol. 42, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, p. 45 y ss.). Como dice Manuel Villoria Mendieta "...todos sabemos que para que existan corruptos públicos tiene que haber corruptores o, al menos, pagadores privados" (*Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España. Gestión y análisis de políticas públicas*, nro. 21, INAP, mayo-agosto 2001, p. 98).

[77] Preclaramente se ha sostenido que "La falta de ética no es una cuestión declarativa, sino que se manifiesta por una desviación de recursos públicos que es injusta y aumenta la

Las regulaciones de la ética pública deberían, por ello, incorporar también un catálogo de deberes y principios éticos públicos exigibles a quienes se relacionan con el Estado. Si quien se vincula con éste no está, por su parte, dispuesto a compartir con el funcionario las exigencias propias del comportamiento virtuoso, la ética pública no pasa de ser un objetivo aparente corroído por el cinismo. La corrupción legislativa, judicial o administrativa, es difícilmente concebible sin la colaboración activa del ciudadano; y, como reverso de la misma medalla, la ética sólo es posible cuando los protagonistas de la relación Estado-particular compartan la convicción de su valor.

La comunidad no debería, pues, observar a la ética pública como algo sólo referido a los funcionarios estatales; antes bien, debería plasmar, incluso normativamente, la exigibilidad de aquélla a quienes por cualquier motivo entablen vínculos con el Estado [78].

Es claro, de todos modos, que este planteo supone una reflexión profunda de la comunidad sobre sí misma. E implica, además, una concepción *unitaria* de la ética, porque, a mi juicio, no es posible separar la ética pública de la privada. La necesidad de lograr coherencia entre las dimensiones formal y real de la democracia y del derecho, dramáticamente descripta por Ferrajoli respecto de Italia [79], sólo se puede generar a partir de la coherencia axiológica de la vida de los propios ciudadanos.

Por lo demás, la conducta virtuosa no se puede lucir en la función pública si antes no está vigente en la propia convivencia ciudadana. La internalización de una mentalidad transgresora es vivida en muchas ocasiones como un signo vernáculo de vivacidad e, incluso, de brillo personal, sin advertirse que tal com-

---

desigualdad en la sociedad. La inmoralidad es un componente de la sociedad dual, una realidad que produce sectores marginados o condenados a la pobreza" (Etkin, Jorge, *La cuestión ética como prioridad en la reforma del Estado* —Primera Parte—, revista *Enfoque - Contabilidad y Administración*, vols. 11 y 12, tomo 2000, ps. 67 y ss.). En igual sentido, se afirmó que "la corrupción ataca a la vez a la seguridad jurídica y al crecimiento, porque desvía fondos" (Frías, Pedro J., "Ética y seguridad jurídica", *Revista Notarial*, vol. 73, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, p. 47).

[78] Es, en este orden de ideas, destacable el artículo 97 de la Constitución de Ecuador en tanto impone a todos los ciudadanos, entre otros deberes y responsabilidades, los de "administrar honradamente el patrimonio público" (inc. 9), "denunciar y combatir los actos de corrupción" (inc. 14) y lo resalto especialmente "*ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética*" (inc. 18).

[79] Ferrajoli, Luigi, "El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en obra colectiva *Poder...*, cit., ps. 143 y ss. En relación con España, ha expresado Alfonso Sabán Godoy: "La Constitución española, como cualquier otra que responda a una concepción de libertades públicas y articulación democrática del poder, consagra el esquema clásico de división de poderes y controles recíprocos. *Sin embargo, la realidad es, como en muchos otros casos, bien distinta*" (Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, 1991, Madrid, p. 61, el destacado me pertenece).

portamiento degrada individualmente a quien lo practica y, a la vez, se proyecta socialmente como un disvalor comunitario, el cual, en una retroalimentación perversa, gravita sobre la conciencia individual neutralizándola o deformándola. El *plus* de calidad humana exigible al funcionario público supone, por eso, una previa transformación en los propios niveles de la ética individual y comunitaria.

Como dijo el profesor Nieto, a una sociedad corrupta corresponde, indefectiblemente, una Administración corrupta e, igualmente, un tejido empresarial corrupto. Y agrego: corresponde un entramado dirigencial corrupto. Sin embargo, la corrupción no deriva, en definitiva, de la sociedad enferma; antes bien, la sociedad está enferma porque hay corruptos.

Vivimos tiempos en los que parecen predominar quienes, como decía Oscar Wilde, conocen el precio de todas las cosas pero el valor de ninguna. No importa. Desde distintas vertientes se nos estimula a confiar en el futuro: expresan los obispos que los argentinos podemos estar heridos y agobiados, pero no desesperanzados; Ernesto Sábato escribió alguna vez que la esperanza es superior a la angustia.

¿Cuál es la propuesta? Volver a la ética, como dijo Jean Guitton cuando se le preguntó qué hacer frente a las mutaciones que nos toca vivir [80].

[80] GUITTON, Jean, *Sabiduría cotidiana. El libro de las virtudes recuperadas. Conversaciones con Jean-Jacques Antier*, Sudamericana, Buenos Aires, 1998, p. 11. Por nuestra parte, creemos que, para ese regreso, es fundamental, como ha señalado Alfonso López Quintás, comprometernos a ser profundos, abandonando la frivolidad intelectual (*Cuatro filósofos en busca de Dios, Unamuno, Edith Stein, Romano Guardini, García Morente*, Rialp, Madrid, 1999, p. 29). La necesidad de ese regreso ha sido señalada desde distintas perspectivas filosóficas (v. gr., GARCÍA RUÍZ, Jesús, *De lo Ético en el espacio público*, Estudios y Documentos, II Serie, publicación del Instituto Centroamericano de Prospectiva e Investigación, Guatemala, 2001, p. 9).

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN. LOS LÍMITES DE LA ESTRATEGIA NORMATIVA Y DE INFORMACIÓN CIUDADANA[1]

por HÉCTOR RODRÍGUEZ*

La corrupción y la Administración Pública es un tema al que se nos ha convocado con reiteración en estos años, hemos opinado y hemos aportado a la redacción de diferentes normas, hemos operado sistemas de administración y también hemos efectuado recomendaciones con colegas en reuniones internacionales. Hoy, ante una nueva convocatoria, hemos pensado que es momento de autocrítica, pero invitando a la reflexión general, para hacer un repaso del diagnóstico y de la receta normativa, para preguntarnos hasta qué punto hemos modificado la realidad.

Damos por supuesto que la existencia de focos de corrupción en el ámbito de las administraciones públicas genera para los gobiernos la prioridad de combatirlos, de manera de prevenir la aparición de conductas ilícitas, controlando más eficientemente la gestión gubernamental y sancionando a los responsables de esos repudiables hechos.

En un primer aspecto, cabe señalar que no se trata de una situación propia del sector público, aun cuando en esta oportunidad nos limitaremos a tratar la corrupción entendiéndola como el uso del poder político para procurar una ventaja a un tercero y no a la sociedad que ese poder político debiera representar. Es decir, lo que al sentido común le indica que el gobierno o sus administradores están trabajando en beneficio propio y no en beneficio de la gente. También recordaremos que no es un fenómeno novedoso, a pesar de la amplia producción oral y escrita que ha concentrado en la última década.

Decíamos en el Congreso Mundial Anticorrupción de Lima, en 1997, que la ética de los negocios privados estaba también en crisis. Que había que promover la información transparente, la justicia, la regulación de los mercados para restaurar la competencia, y eliminar del campo de los mercados la violencia, el fraude, la corrupción, los privilegios y las prácticas antisociales: terminábamos recomendando que, en última instancia, había que *"auditar con tanta intensidad*

[1] En la realización del presente trabajo conté con la asistencia del Lic. Damián Staffa.

* Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, Facultad de Derecho, UBA.

la ética como el balance". Los escándalos que han sacudido la opinión mundial en casos como Enron, Xerox o Parmalat ratificaron nuestra opinión.

En cuanto a las grandes organizaciones, con razón señala Galbraith que una sociedad mejor debe reconocer y combatir lo que se ha convertido en un síndrome. Lo mismo en el sector público que en el privado: en ambos la disciplina suele suplantar al pensamiento.

Este síndrome burocrático implica inmovilismo, que habrá que romper para posibilitar la transparencia, imperativo hoy de toda organización. De alguna manera, el "Honesty is the best policy", ese principio de que la moral es buena para el beneficio, caro al espíritu capitalista del que nos hablaba Weber, nos demanda una moderación racional del impulso irracional lucrativo, es decir, del acto que descansa en la expectativa de la ganancia debida al juego de probabilidades pacíficas de lucro, remarcando que no es oportuno poner tal circunstancia bajo la misma categoría que el lucro o adquisición de algo por medios violentos o no éticos.

Esto en el marco de su pretendida asimilación del *ethos* económico a la ética del protestantismo ascético, entendiéndolo como la ascesis de la buena gestión (valorando la realización profesional, el trabajo incesante, la honradez escrupulosa, la adaptación a demandas varias, el ahorro, la inversión productiva y rechazando la ociosidad, el reposo, el lujo y los privilegios vinculados a las relaciones con los poderes políticos).

También decimos que no es novedoso. Ya Xerxes (o Jerjes), ante la corrupción que se propagaba entre los sátrapas, estableció un sistema de información respecto de la conducta de estos administradores del Imperio Persa. Vale también recordar que en el siglo I a.C. se decía: "En Roma todo está en venta".

Ahora bien, el constitucionalismo moderno ha enmarcado a las democracias actuales con instituciones que amplían la participación y el control social, garantizando la publicidad de los actos de gobierno, impactada por el desarrollo y la inmediatez alcanzados por los medios de comunicación en multiplicación tecnológica constante; ha contribuido a la visibilidad del fenómeno y ha inducido una creciente demanda social en torno a la transparencia en el manejo de los fondos públicos y, en general, respecto de la conducta de los gobernantes. ¿Pero es en sí misma suficiente para dar cuenta de este problema?

El segundo aspecto que queremos marcar es que la corrupción es un déficit en la competitividad país. Esto para el mundo en vías de desarrollo no es un detalle menor. En efecto, el nuevo escenario de la globalización surgido tras el fin de la Guerra Fría, amplía el mercado. Ello hace que el bienestar de una nación requiera que tenga competitividad global, la que depende de diversos elementos como el costo salarial, la tasa de interés, la tributación, las capacidades instaladas, la eficacia de las redes pero también —y muy significativamente— la capacidad de las instituciones para bajar el riesgo país, que en el mediano y largo plazo se mide por la predecibilidad, que es simplemente que

una sociedad tenga normas, las acate y sus jueces las apliquen, claro está, con arreglo a los valores de ética y justicia.

La corrupción siempre es un costo. Aun en el mercado interno, si pierde la empresa, pierden los accionistas: habrá menor capacidad para invertir o menor interés para invertir por la reducción de ganancias, y según las condiciones del mercado. La empresa trasladará el costo corrupción al consumidor, o saldrá del mercado con pérdida de puestos de trabajo.

Un tercer aspecto es que vemos la corrupción como una patología social. Es entonces importante reflexionar que la corrupción no es sino una enfermedad endémica del sistema social, lo afecta desde antiguo, impacta lo público y lo privado y, trascendiendo aun lo moral, se refleja negativamente en la economía, y es tan grave que si se disemina es terminal. También se ha dicho que estamos ante una nueva epidemia social que no reconoce fronteras, y ello ha llevado a esfuerzos en la comunidad internacional para enfrentar la corrupción.

Sabemos que si en una comunidad no hay respeto por la vida y la propiedad, si una gran mayoría viola la ley, no hay sistema de seguridad eficiente posible.

Lo mismo, si una mayoría de ciudadanos evade sus impuestos y la comunidad no lo considera un delito, poco podrá hacer el sistema de recaudación. Sólo si se logra el cumplimiento voluntario de la obligación tributaria por la mayoría de los contribuyentes, la administración podrá dedicarse con eficacia a detectar al marginal, al evasor, para que no sólo pague el impuesto debido, sino para aplicarle la pena ejemplarizadora.

Lo mismo puede predicarse de la sociedad para combatir la corrupción, que no es sino un problema ético. Es necesaria una sociedad con instituciones básicas bien estructuradas, con un fuerte nivel de educación y un predominio de la ética en la mayoría de sus integrantes.

Corromper es alterar y trastocar la forma de una cosa, es echar a perder, depravar o dañar el *ethos*, o sea, el conjunto de actitudes, convicciones, creencias morales y formas de conducta, ya sea de una persona individual o de un grupo social o étnico (Maliandi).

Esta definición es simplista, toda vez que sabemos que el *ethos* es un concepto cuya complejidad reside en el hecho de que no es algo dado y para siempre, sino que evoluciona constantemente.

Un cuarto punto a analizar es la ética de las organizaciones, dado que generalmente cuando hablamos de corrupción estamos hablando de la utilización del poder público en beneficio privado, y toda vez que el poder se instrumenta en alguna medida a través de la administración, estamos hablando de un problema ético de la administración.

En nuestros días, la ética de la Administración se redefine por la necesidad de obtener resultados con recursos escasos. Podría definirse como Michel Le Net lo hace con la ecuación de los negocios: ética es eficacia más deontología.

Esta ecuación está en la línea de Aristóteles: la ética es el arte del éxito a largo plazo que supone de una parte el bien propio (en negocios: eficacia), pero sólo con respeto a los demás (deontología).

En punto a ello es necesario tener un modelo ético de la Administración, toda vez que administra poder y el poder es fuente, a su vez, del problema ético. Como decía Weber, toda burocracia tiende a desarrollar un sobrepoder, todo funcionario tiende a tener su parcela de poder, y el problema radica en si el poder es utilizado en beneficio propio o en el de los fines de la Administración Pública.

La formación y desarrollo de los recursos humanos de la Administración exigen que se tome a los valores como base del comportamiento ético. En ese sentido, como dicen Dvorin y Simón: *"Administrar sin tener a la vista imperativos morales es como ejercer el poder sin responsabilidad."*

En este punto, vale citar que en los Principios de conducta ética para los funcionarios y empleados del gobierno de los EE.UU. (orden ejecutiva 12.674 del 12/4/1989, enmendada por la OE 12731) se expresa que "el servicio público es un patrimonio público que exige que los empleados le deban lealtad a la Constitución, a las leyes y a los principios éticos, por encima de la ganancia personal". También son interesantes los artículos II y III de Las reglas Deontológicas (cap I, secao 1 "Das Regras Deontologicas del Código de Ética Professional do Servidor Publico do Poder Ejecutivo Federal", publicado en el DOU de 23/6/1994), que expresan: "El servidor público no podrá jamás despreciar el elemento ético de su conducta. Así, no tendrá que decidir solamente entre lo legal o lo ilegal, lo justo o injusto, lo conveniente o inconveniente, lo oportuno o lo inoportuno, pero principalmente entre lo honesto y lo deshonesto". "III. La moralidad de la Administración Pública no se limita a la distinción entre el bien y el mal, debiendo ser incrementada la idea de que el fin es siempre el bien común. El equilibrio entre legalidad y finalidad, en la conducta del servidor público, es poder consolidar la moralidad del acto administrativo".

En punto a lo ello, la honestidad es parte de la eficacia, el roban pero hacen tiene corto alcance, siempre alguien paga la cuenta, y suele ser la parte más desprotegida de la sociedad, aquella que no puede transferir ese costo.

Un quinto aspecto es que hemos considerado en los noventa que un modelo dado de economía supone una corrupción estructural. Desde la ecuación de Klitgaard, se viene señalando que la corrupción estructural ha desaparecido por las reformas de la década. Señalaba dicho autor que la conducta ilícita florece cuando los agentes tienen poder monopólico sobre los clientes, grandes facultades discrecionales y débil responsabilidad ante el mandante, definiendo la siguiente ecuación:

corrupción = monopolio + discrecionalidad — responsabilidad

Este enfoque sintético haría que el fenómeno pareciera estar en vías de reducción. La privatización de las empresas públicas y la desregulación de los mercados se dieron en buena parte del mundo, pero ¿ha sido esto suficiente, al menos entre nosotros? Decididamente no, algo ha fallado en el esquema.

El proceso de privatizaciones, tal cual fue llevado a cabo en los noventa, estuvo caracterizado por el incumplimiento de los planes de inversiones, sustitución de inversiones obligatorias por inversiones no prioritarias, o directamente ausencia de inversión, unidas a falta de pago de cánones, baja calidad de las prestaciones y desprecio por los derechos de los usuarios, con características monopólicas y nuevamente... sospechado de corrupción.

Hay que formar instituciones que controlen el fenómeno, que lo acoten, que enfrenten las nuevas formas, sobre todo contemplar que la globalización hace que haya un nuevo espacio, y mutaciones del antiguo virus.

Esto genera en los gobernantes la necesidad de contar con información correcta, oportuna y veraz sobre la marcha de los asuntos estatales, junto a un sistema de controles confiables de la actividad gubernamental, que permitan una gestión más honrada y eficiente.

Esos órganos tienen que estar dotados de autonomía y un buen nivel de discrecionalidad para seleccionar los casos, pues quien se ocupa de todo no se ocupa de mucho. Como nos señala Gordillo respecto de la CICC: "Debe aplicarse con razonabilidad de medio a fin, no en bagatelas o cuestiones insignificantes que distraen la atención de los asuntos mayores. No busquemos a los ladrones de gallinas sino a los delincuentes o malos inversores de fondos públicos dotados de entidad..." [2].

I. Qué hemos visto estos años

1. Los controles institucionales

El control público en democracia adquiere características que lo hacen diferente del control público bajo regímenes autocráticos.

Casaluga Vinardell señala el impacto de las instituciones políticas democráticas, en especial las votaciones mayoritarias, en las decisiones acerca del volumen y composición del presupuesto, destacando que la posibilidad de fracasos en la política pública democrática abre un nuevo mundo al estudio: la investigación y el diseño de instituciones que, consolidando el proceso democrático, aseguren el mínimo de ineficiencias.

[2] Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, p. XVI-10.

En este sentido "como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad.

"La tendencia a la claridad es específicamente democrática, y cuando se afirma ligeramente que en democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio superficial o malévolo de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control —que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado—, y nada de publicidad, sino el empeño en mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado" [3].

La democracia bien concebida y bien practicada, equilibrada por un sistema de contrapesos, de controles independientes, fundada sobre una moral de honestidad colectiva, enseñada desde la escuela, administrada según los principios de transparencia, de publicidad y motivación de los actos, es el régimen más apto para luchar contra la corrupción.

La necesidad de asumir nuevos roles y supervigilar otros por parte del Estado ha determinado que la actividad de los órganos públicos y, por ende, de sus funcionarios se incremente tanto cuantitativa como cualitativamente. El ciudadano debe ser protegido con eficacia frente al actuar irregular o insuficiente de la Administración Pública, y ésta debe estar protegida contra el accionar ilícito o abusivo de sus funcionarios. Es allí donde el trabajo de las instituciones de control toma importancia y adquiere mayor dimensión en el marco de regímenes democráticos estables.

En este sentido, la Reforma Constitucional operada en la República Argentina en 1994 introdujo novedades en materia de control público, ya sea consagrando nuevas figuras, otorgando jerarquía institucional a organismos preexistentes, o remozando y perfeccionando instituciones. Se refuerza la presencia de organismos con funciones de control, con caracteres propios y competencias distintas, pero animados por un fin similar: hacer la gestión de los funcionarios del Estado más eficaz, eficiente y más transparente.

Se destaca la figura del Defensor del Pueblo, inserta en la órbita del Congreso Nacional, que constituye un medio de control de la Administración Pública por actos u omisiones de ésta que puedan afectar derechos e intereses del ciudadano y de la comunidad. Además, se ha precisado el perfil orgánico y fun-

[3] KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, 1974.

En este sentido "como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad.

"La tendencia a la claridad es específicamente democrática, y cuando se afirma ligeramente que en democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio superficial o malévolo de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control —que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado—, y nada de publicidad, sino el empeño en mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado" [3].

La democracia bien concebida y bien practicada, equilibrada por un sistema de contrapesos, de controles independientes, fundada sobre una moral de honestidad colectiva, enseñada desde la escuela, administrada según los principios de transparencia, de publicidad y motivación de los actos, es el régimen más apto para luchar contra la corrupción.

La necesidad de asumir nuevos roles y supervigilar otros por parte del Estado ha determinado que la actividad de los órganos públicos y, por ende, de sus funcionarios se incremente tanto cuantitativa como cualitativamente. El ciudadano debe ser protegido con eficacia frente al actuar irregular o insuficiente de la Administración Pública, y ésta debe estar protegida contra el accionar ilícito o abusivo de sus funcionarios. Es allí donde el trabajo de las instituciones de control toma importancia y adquiere mayor dimensión en el marco de regímenes democráticos estables.

En este sentido, la Reforma Constitucional operada en la República Argentina en 1994 introdujo novedades en materia de control público, ya sea consagrando nuevas figuras, otorgando jerarquía institucional a organismos preexistentes, o remozando y perfeccionando instituciones. Se refuerza la presencia de organismos con funciones de control, con caracteres propios y competencias distintas, pero animados por un fin similar: hacer la gestión de los funcionarios del Estado más eficaz, eficiente y más transparente.

Se destaca la figura del Defensor del Pueblo, inserta en la órbita del Congreso Nacional, que constituye un medio de control de la Administración Pública por actos u omisiones de ésta que puedan afectar derechos e intereses del ciudadano y de la comunidad. Además, se ha precisado el perfil orgánico y fun-

[3] KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, 1974.

cional del Ministerio Público. En dirección a afianzar la independencia del Poder Judicial (base fundamental del sistema en la lucha contra la corrupción) y optimizar y jerarquizar su función, el Consejo de la Magistratura asume facultades de administración de ese Poder y selección de los magistrados.

La legislación penal encargada de sancionar los delitos de concusión, peculado, negociaciones incompatibles con la función pública, ha sido de escasa aplicación, situación motivada por la dificultad de la prueba de los hechos concretos, lo que ha determinado con frecuencia absoluciones calificadas como escandalosas. El art. 36 establece la "cláusula ética" de la Constitución, que intenta prevenir conductas delictivas por las cuales alguien logre, valiéndose o no de la condición de funcionario público, a costa del Estado, aumentos patrimoniales injustificados. Este enunciado —art. 36, CN, quinto párrafo—, que tipifica el enriquecimiento ilícito como hecho que vulnera el sistema democrático, se complementa con el último párrafo de la misma norma, que ordena al Congreso que disponga la sanción de una ley de ética pública, mandato cumplido por la ley 25.188.

También se confiere reconocimiento institucional a la Auditoría General de la Nación, y se profundiza su autonomía preexistente desde la sanción de la ley 24.156, estableciendo su ámbito y funciones como organismo de asistencia técnica del Congreso. Fijó, además, el criterio para la designación de su presidente, nombrado a propuesta del principal partido de oposición en cuanto a su significación parlamentaria. Ello apunta a garantizar el ejercicio independiente de la función de control y constituye un nuevo avance en la clásica doctrina de separación de poderes, y se inspira en su principio fundamental: el sistema de frenos y contrapesos.

El esquema institucional se completa, en la labor de garantizar la transparencia y el control del accionar estatal con la Sindicatura General de la Nación, asistiendo al Poder Ejecutivo, a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y a los Entes Reguladores de Servicios Públicos. Es importante la labor de las Comisiones Parlamentarias y, dentro de ellas, de las comisiones investigadoras. Se trata de instrumentos útiles destinados a complementar las facultades del Congreso, que no se limitan a la sanción de las leyes, sino que se proyectan también en el ejercicio de la función del control democrático, como el trabajo efectuado en relación con el lavado de dinero.

2. *Las normas vinculadas a la conducta de los funcionarios y su control*

Un breve vuelo sobre la producción normativa de la última década permite apreciar que también en ese rubro buena parte de la receta se ha cumplido. Cabe mencionar la ley 24.759 (BO 17/1/1999), que recepta la Convención Interamericana contra la corrupción, a la que el Dr. Gordillo adjudicara el carácter de una

suerte de revolucionario corte transversal de las instituciones de derecho administrativo.

Entre otras normas encontramos la de creación de la Oficina Nacional de Ética Pública en febrero de 1997, dependiendo del Presidente de la Nación —decreto 15/1997—, la de creación del Consejo Asesor de Ética Pública —decreto 878/1997—, la de sanción del Código de Ética de la Función Pública —decreto 41/enero 1999— y la promulgación de la Ley de Ética Pública 25.188, de noviembre de 1999, con el decreto reglamentario 862/2001.

En el ámbito de la tipificación penal recordamos que la ley 25.188, en su capítulo IV, mediante los arts. 26 a 39, ha introducido una serie de reformas al Código Penal. Sustituye los arts. 23, 29, 30, 67, 256, 257, 258, 265, 266, 265, e incorpora los arts. 256 *bis*, 258 *bis* y 268 (3).

Asimismo, tenemos la normativa de creación y funcionamiento de la Oficina Anticorrupción. El decreto 102/1999 establece sus misiones y funciones; el decreto 164/1999 reglamenta la ley 25.188, poniendo en cabeza de esta oficina el régimen de Declaraciones Juradas de la Administración Pública Nacional; la res. 458/2001 establece su Plan de Acción y criterios de significación; la res. 749/2000, el Reglamento Interno de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción; el decreto1162/2000 establece la obligación de los empleados públicos de denunciar ante la Oficina delitos de acción pública conocidos en ejercicio de sus funciones.

En lo que hace al régimen de incompatibilidades, el decreto 8566/1961 establece el Régimen sobre Acumulación de cargos, funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional; el decreto 894/2001, la Incompatibilidad entre el cobro de un haber previsional y la percepción de remuneración por cargo en la función pública. El decreto 946/2001 modifica el régimen sobre acumulación de cargos en la APN. Finalmente, la ley 25.164 establece el Marco de Regulación del Empleo Público Nacional.

Se ha avanzado en el Programa Carta Compromiso con el ciudadano —decreto 229/2000—, que tiene por objeto hacer que los ciudadanos conozcan qué pueden esperar de los organismos públicos, potenciando el derecho que los asiste, y procurando que sus necesidades y prioridades sean tomadas en cuenta.

En cuanto a Convenciones Internacionales, a la mencionada Convención Interamericana Contra la Corrupción, la Argentina agrega la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales —aprobada por la ley 25.319— y Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción —suscrita por nuestro país el 10/12/2003 en Mérida, México.

Esta dimensión normativa de la lucha contra la corrupción, se torna fundamental si tenemos en cuenta que:

"Luego de la caída del Estado de Bienestar producida por los condicionamientos económicos y financieros que se agravan en un entorno supranacional y ante los excesos de la potestad reglamentaria que pretenden tender un manto de confusión sobre muchos de estos males, como así también la vinculación del crimen organizado y el narcotráfico, que son no ya sólo una amenaza a los derechos humanos, sino al Estado mismo, es así un silogismo el que lleva a la necesidad de atacar a la corrupción y otros fenómenos que se vinculan con ella, en especial el gasto ineficiente o dilapidador" [4].

Finalmente, el decreto 1172/2003 de Acceso a la Información Pública, aprueba en el ámbito del Poder Ejecutivo un conjunto de reglamentos con fuerte incidencia para las políticas de transparencia.

La creación de la Oficina Anticorrupción, la Ley de Ética Pública y decretos complementarios han estimulado el desarrollo de mecanismos de control para el logro de una conducta honorable en el cumplimiento de la función pública, como la obligación de presentar en forma regular declaraciones juradas patrimoniales y de incompatibilidades.

3. Normas vinculadas a la administración financiera y a los sistemas de control de la Administración Pública Nacional

Entre las normas destinadas a coadyuvar al logro de estos objetivos, cabe destacar la ley 24.156 —y sus modificatorias—; la misma establece y regula la administración financiera y los sistemas de control de la Administración Pública Nacional. Los sistemas de presupuesto, contaduría, tesorería y deuda pública, complementados luego por la ley de inversión pública, han tenido fuertes modificaciones, pero más que las normativas destacamos el impacto tecnológico a través de sistemas como el Sidif (sistema de información financiera) o el Sigade (banco de datos de deuda)

Por otra parte, los decretos 436/2000 y 1023/2001 —modificados por los decretos 666/2003 y 204/2004—, originan un nuevo régimen de contrataciones, que reemplaza al basamento legal anterior, derogando los arts. 55 a 63 del decreto-ley 23.354, que constituía el capítulo VI de la "Ley de Contabilidad" y su decreto reglamentario 5720/1972, que se encontraba vigente por aplicación del art. 137, inc. a) de la ley 24.156 [5].

[4] GORDILLO, A., *Tratado...*, cit., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, XVI-2.

[5] Seguimos, en este punto, a ALE, Miguel Á., *Manual de contabilidad gubernamental*, 4ª ed. act., Buenos Aires, 2001.

Asimismo, y en virtud del art. 137 de la ley 24.156, continúa vigente el Capítulo que regula la Gestión de los Bienes del Estado, tal como fuera establecido oportunamente en la antigua "Ley de Contabilidad" [6].

La ley 25.152 de Responsabilidad Fiscal y Calidad de la Gestión Pública Nacional es una herramienta potencialmente muy útil para el logro del equilibrio fiscal, la contención del gasto, el compromiso por resultados y la evaluación del gasto público.

En materia de transparencia también se ha cumplido con lo prescrito por las llamadas buenas reglas del gobierno. Para tener una definición, acudimos al Código de Buenas Prácticas de Transparencia Fiscal del Fondo Monetario Internacional, para el cual "transparencia fiscal" implica mantener la apertura al público respecto de la estructura y funciones del gobierno, intenciones de la política fiscal, cuentas del sector público y proyecciones fiscales. Más propiamente en nuestro país, Tesoro señala que se intenta transparentar la acción de gobierno a través de distintos instrumentos de la telemática, pero críticamente expresa que "el hecho de que un gobierno perciba la necesidad de introducir instrumentos normativos o telemáticos para imponer 'transparencia' indica que el respectivo país experimenta una problemática estructural de 'opacidad' —déficit de transparencia—" (TESORO, José Luis, "Portales pro transparencia y transparencia de la anomia", revista *Probidad*, nro. 23, junio 2003).

En un sentido más amplio, dan cuenta del cumplimiento de la receta distintas páginas web, algunas de las cuales señalamos:

— El portal "Cristal" *www.cristal.gov.ar* es el sitio de la transparencia en la gestión pública del Estado Nacional. Busca cumplir el artículo 8° de la Ley de Responsabilidad Fiscal, informando al ciudadano cómo se administran los recursos públicos de la Nación.

— En la página web de la Oficina Anticorrupción *www.anticorrupcion.gov.ar* (también en la de la AGN) se puede ver libremente el listado de los funcionarios públicos obligados —cumplidores y no cumplidores— a presentar declaraciones juradas patrimoniales.

— El presupuesto y la cuenta de inversión están disponibles en la web en: *http://www.mecon.gov.ar/onp/html/index.html* y *http://www.mecon.gov.ar/hacienda/cgn/cuenta/default1.htm*, respectivamente.

— A partir de la aprobación del decreto 1023/2001 —modificado por los decretos 666/2003 y 204/2004—, se aprueba un nuevo "Régimen de Contrataciones para la Administración Nacional. En Internet están los pliegos de las contrataciones: *http://onc.mecon.gov.ar*.

[6] Para una consulta completa de toda la legislación en materia de administración financiera y sus sistemas —crédito público, tesorería, presupuesto, contabilidad, control, se puede recurrir —entre otras páginas— a *http://infoleg.mecon.gov.ar*, *http://www.agn.gov.ar*, *http://www.sigen.gov.ar* o *http://onc.mecon.gov.ar*.

— La Auditoría General de la Nación y la Sindicatura General de la Nación hacen públicos sus informes en *www.agn.gov.ar y www.sigen.gov.ar*

— Se ha dictado recientemente el decreto 1172/2003 de "acceso a la información pública", que aprueba para el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional los reglamentos generales de: audiencias públicas, para la publicidad de la gestión de intereses, para la elaboración participativa de normas, del acceso a la información pública y de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos. Establece, asimismo, el acceso libre y gratuito vía Internet a la edición diaria del Boletín Oficial de la República Argentina [7].

Hasta aquí hemos advertido que estamos frente a un problema que viene desde antiguo, que no es novedoso, y que abarca tanto lo público como lo privado, que en el mundo globalizado afecta la competitividad del país y que estamos circunscribiéndonos a una exteriorización de una patología social en lo que hace a la función pública. También hemos apuntado a desnudar ese espejismo conceptual de pensar que existe un modelo económico que supone una corrupción estructural que ha quedado sepultada con la llamada Reforma del Estado.

Hemos pasado somera revista a la administración de buena parte de la receta normativa y de transparencia que nos ha sido prescripta para la enfermedad social que nos aquejaba ¿Pero qué es lo que pasa en la realidad?

4. Norma y realidad

Con la finalidad de tener tan sólo una referencia, si tomamos la evolución de la Argentina en el Índice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparency Internacional, no parecen ser muy positivos los resultados obtenidos a pesar del cumplimiento de la receta normativa y de transparencia, con el aditamento de un profundo proceso de privatizaciones y apertura económica.

	Ranking	*Puntaje* [8]
2003	92	2,5
2002	70	2,8
2001	57	3,5
2000	52	3,5
1999	71	3
1998	61	3

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Transperency Internacional.

[7] *http://infoleg.mecon.gov.ar/scripts1/busquedas/norma.asp?num=90763.*

[8] Se refiere a percepciones acerca del grado de corrupción desde el punto de vista de empresarios, académicos y analistas de riesgo, y se extiende entre 10 (altamente limpio) y 0 (altamente corrupto).

En los últimos cuatro años, la Argentina ha empeorado constantemente en relación con este indicador. Si en el año 2000 estaba en el puesto 52, en el 2003 descendió hasta el 92, es decir 40 lugares.

¿Qué razones nos llevan a esta paradoja? ¿Por qué si la Argentina ha realizado importantes avances en la estrategia pro transparencia y normativa, los resultados son a los ojos de todos tan magros?

En la presente ponencia pretendemos argumentar que la escasez de resultados no hay que buscarla —principalmente— en la falta de normas o de difusión de datos, y sí en otras causas, que no son objeto de remedio fácil, pero cuya ignorancia condujo y conducirá al fracaso

5. Causas que favorecen la corrupción

Costumbres culturales poco arraigadas al respeto a la ley, contextos institucionales que no desalientan estas costumbres.

— El enfoque histórico

Se suele apuntar al legado colonial como una de las principales fuentes de esta actitud. José Luis Romero describe así esta actitud frente a la ley, que se implantó en la época de la Colonia y que se proyectó hasta nuestros días:

"*También se constituyó en los núcleos urbanos una moral* sui generis. *La fuerza del Estado actuaba allí más directamente y presentaba más de cerca el fantasma de la autoridad real; pero también allí las circunstancias hicieron que la autocracia del monarca se transfigurara en una autocracia de los ejecutores de su voluntad, en secreto acuerdo muchas veces con la oligarquía peninsular. Un clero armado con armas de la contrarreforma daba a aquella autoridad un sólido respaldo teológico pero aun contra ellos se movía la autoridad. Ni la voluntad real, ni las leyes y ordenanzas en que ella se concreta recibían otro testimonio que el de la rendida sumisión; pero ni la voluntad real ni las leyes podían contra la miseria y el hambre, contra el apetito de riquezas, contra la irritación que causaba la medianía en quien había acudido a América para triunfar y salir de pobre. Autoritario en su concepción política y autoritario en su concepción familiar, el español violaba las leyes que coaccionaban sus apetitos, con audacia aunque con la máscara de la sumisión... de este modo cuajó una concepción autoritaria del poder público que, conteniendo la libre iniciativa, forzaba a ésta a desenvolverse al margen de la ley*" [9].

Por otra parte, en un contexto institucional —e individual— caracterizado por la anomia, en donde la sanción social en general —y la de ciertos grupos de pertenencia en particular— suele ser baja respecto al "el uso de los cargos públi-

[9] Citado por Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1993.

cos para la obtención de rentas privadas" [10], la corrupción encuentra condiciones propicias para su desarrollo.

— El enfoque desde la anomia

En su libro *Un país al margen de la ley*, Carlos Nino advierte sobre los efectos sociales del no cumplimiento de la ley. Al desarrollar el concepto de "anomia boba", no se focaliza en el incumplimiento de la norma en sí, sino en las situaciones en que el incumplimiento de la norma lleva a situaciones de ineficiencia social, donde el cumplimiento permitiría al conjunto encontrarse en una situación mejor.

"Según este desarrollo, una acción colectiva es anómica, en el sentido de ilegalidad 'boba' que aquí nos interesa, si ella es menos eficiente que cualquiera otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma. Por supuesto que la ineficiencia de una acción colectiva anómica no debe compararse con aquella en que se observara cualquier norma, ya que siempre puede haber normas que conduzcan a una situación todavía más ineficiente que la anomia. Hay anomia boba sólo cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas, y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación" [11].

Tomemos ejemplos de lo diario que caracterizan la "anomia boba" de los argentinos.

• Mal estado de los espacios públicos. Pensemos en el estado de las plazas la ciudad cuando éstas son cuidadas; el Rosedal y el Parque Rivadavia se encontraban en deprimente situación, hasta que fueron enrejados, de poco sirvieron los intentos de mejoras anteriores que no contemplaran esta verdadera enajenación del uso de espacios públicos.

• El estado general de los baños públicos, aun de los lugares de "categoría".

• Trabajo informal y falta de respeto al límite de la jornada de trabajo.

• El desorden generalizado —no precisamente por ausencia de normas— en que se desenvuelve nuestro tránsito y que queda evidenciado en nuestras estadísticas de siniestralidad. Es un dato sabido por todos que la Argentina se destaca —lamentablemente— por su tasa de accidentes de tránsito.

"Argentina ostenta uno de los índices más altos de mortalidad producida por accidentes de tránsito: Unas 20 personas mueren por día, cerca de 7.000

[10] BARDHAN, Pranb (1997), *The role of governace in economic development*, OCDE, p. 11.
[11] NINO, Carlos, *Un país...*, cit., ps. 36-37.

muertos por año, y más de 120.000 heridos anuales de distinto grado, además de cuantiosas pérdidas materiales, que se estiman en unos 10.000 millones de dólares anuales. Esta cifra es significativamente elevada si se la compara con los índices de otros países, con relación a su población y número de vehículos circulantes (en la Argentina unos 6,7 millones de vehículos)" [12].

La tendencia a establecer regímenes de excepción a la norma general, nichos de excepción que debilitan su aplicación.

— El art. 1º de la ley 25.188 establece que:

"La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, *funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*". Como se ve, principio de generalidad.

Sin embargo, en la práctica, esta prescripción no se ha cumplido. En algunos casos se ha apelado como fundamento de esa situación a la "necesidad de respetar" la división de poderes, pero esto ha acarreado que aún hoy muchos servidores públicos del ámbito nacional sigan sin cumplir con las obligaciones establecidas por la Ley de Ética [13]. Esta situación es descripta por el informe — 2003— del Comité de Expertos de Mecanismos de Seguimiento de la Implementación de la CICC, que al respecto recomendó:

"Fortalecer la implementación de leyes y sistemas reglamentarios con respecto a los conflictos de intereses, de modo que se apliquen a todos los funcionarios y empleados del gobierno y que permitan la aplicación práctica y efectiva de un sistema de ética pública... Asegurar la aplicación de la ley 25.188 para todos los empleados y funcionarios del gobierno, incluyendo a los de los poderes legislativos y judicial, así como los de la Procuración General" [14].

[12] Extraído de la página web de la Asociación Civil "Luchemos por la Vida" (*http://www.luchemos.org.ar/*).

[13] En un artículo de la *La Nación* —25/2/2004—, se consigna la decisión de la Corte Suprema de establecer la publicidad de las declaraciones juradas de los jueces.

[14] Comité de Expertos de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, "Informe Sobre la Implementación en Argentina de las Disposiciones de la Convención Seleccionadas para ser Analizadas en el Marco de la Primera Ronda", Washington, 13 de febrero 2003, p. 26.

— Falta de constitución de la Comisión Nacional de Ética Pública

Como bien señala Carlos Manfroni en un artículo periodístico reciente: "Ninguno de los tres poderes ha dado un paso para la designación de los miembros de la Comisión Nacional de Ética Pública... que es por ahora un conjunto vacío" [15].

— Incorporación de lo prescripto por la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción al ámbito Nacional y escasa aplicación en provincias y municipios.

La Argentina aprobó la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción, el 4/12/1996 por ley 24.759. De acuerdo con el registro oficial de la Secretaría General de la OEA, el 9/10/1997 se depositó el instrumento respectivo de ratificación, por lo que es de plena aplicación desde hace muchos años. Sin embargo, y como consecuencia de la forma federal que adquiere el gobierno en la República Argentina (art. 1°, CN), la aplicación de la CICC en Provincias y Municipios queda sujeta a la implementación local.

En este campo no se ha avanzado mucho. Este detalle no es menor, si tenemos en cuenta que *"En el año 2001, del total de servidores públicos —destinatarios de medidas previstas por la CICC como normas de conducta o declaraciones de ingresos, activos y pasivos— sólo el 18,9% se encontraba en la administración nacional, mientras que en las administraciones provinciales y municipales, en su orden, estaban el 64,64% y el 16,7%". Por otra parte, de acuerdo con el régimen vigente de Coparticipación Federal de Impuestos, del monto recaudado por determinados impuestos (Ganancias, IVA, internos, combustibles, etc.), el 1% se asigna en forma de Aportes del Tesoro Nacional; el 42,34% es para la Nación y el 56,66% es para las provincias, sin contar con las transferencias automáticas (creadas con posterioridad) y que también van a las provincias con fines específicos".*

	Nación	Provincia	Municipios
Funcionarios	18,9	64,64	16,7
% T	42,34	56,66	

Con relación a esta situación, el Comité de Expertos de la CICC señaló:

"El hecho de que, entre otros, más del 80% de los servidores públicos estén en los niveles subnacionales y que las mayores responsabilidades en materia de gasto de los recursos públicos se encuentren en dichos niveles, pone de relieve la importancia de contar con información de actividades anticorrupción en tales ámbitos".

[15] MANFRONI, Carlos, "Deudas en la lucha contra la corrupción", *Clarín*, 2/3/2004.

El informe sugiere que la República Argentina considere la siguiente recomendación: Promover con las autoridades de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios los mecanismos pertinentes de cooperación para obtener información sobre los temas correspondientes a la Convención en esos órdenes de gobierno y prestar asistencia técnica para la efectiva implementación de la Convención.

II. Excepciones y flexibilizaciones de las normas

— Flexibilización del Régimen de Carencia establecido por el art. 15 de la ley 25.188

Inspirada en la experiencia de las privatizaciones en la década de 1990 (donde algunos marcos regulatorios fueron diseñados por personas vinculas a las empresas que posteriormente se convertirían en concesionarias o en la que funcionarios que intervenían en la privatización posteriormente integraron el órgano regulador), la ley 25.188 estableció un período de carencia por el cual los funcionarios públicos debían abstenerse durante el año posterior al cese de funciones de tener relaciones profesionales con el organismo que cumplía funciones y con el interés privado que regulaba.

Este principio fue atenuado por el decreto 862/2003, debilitando asimismo los efectos preventivos en los que se inspiró el Legislador. Lamentablemente y aun cuando las consecuencias de esta decisión errada han sido advertidas en informes y seminarios, ésta no se ha revertido.

— Establecimiento de fondos fiduciarios por fuera de los controles de la ley de administración financiera.

En el sector público, los fondos fiduciarios nacieron en 1995 (a través de decretos), cuando se los introdujo para poder financiar a las provincias y a sus bancos estatales. Algunos ejemplos son Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial y el Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria.

"Los Fondos nacieron y se desarrollaron en los años noventa a partir de la desconfianza creciente que existía sobre los funcionarios del Ministerio de Economía y el temor que tenían el resto de la Administración nacional y las provincias a que les cortaran el grifo", rememoran desde de la Subsecretaría de Ingresos Públicos. *"Eso fue en los noventa. Ahora sirven para mostrar la puja que existe entre el Congreso y el Poder Ejecutivo por limitarse mutuamente la disponibilidad de la recaudación"*, abundan [16].

[16] Alconada Mon, Hugo, "Cuentas fiscales, la historia del presupuesto paralelo", *La Nación*, 20/4/2003.

Hecha la ley (24.156) creada la excepción (fondos fiduciarios) ha sido la nueva manifestación de conducta. Desde sus comienzos se ha bregado porque tengan los mismos criterios contables, de presentación de la información, que se les exija una auditoría externa obligatoria y la publicación de sus estados contables. Hasta no hace mucho, todas estas cuestiones seguían siendo un anhelo. La ley de solvencia fiscal (ley 25.152, de fines de 1999) dispuso su inclusión en la ley de presupuesto; luego, la ley 25.565 de presupuesto 2002 estableció que los fondos deberán ser creados por ley y los incorporó al art. 8º de la ley 24.156 como integrantes del sector público nacional.

A pesar de estos avances, diversos informes de la AGN, la SIGEN y la OA han dado cuenta de que los fondos públicos con asignación específica no se utilizan regularmente.

"Es un desorden brutal. Conocer todos los fondos que dan vueltas por el Estado resulta casi imposible. Algunos figuran en el presupuesto, mientras que otros no. Algunos son fondos fiduciarios, algunos no. Recabar la información de todos ellos es muy complejo y eso facilita el descontrol", comenta el tributarista y ex director de la DGI, Alfredo Lamagrande [17].

"Está claro que los fondos no se usan para los fines previstos. La tasa del gas oil se usa para financiar el transporte público y el Fondo Hídrico se armó para terminar con las inundaciones de la provincia de Buenos Aires, y que yo sepa, el agua sigue ahí. Los fondos son como el queso gruyere del sistema impositivo. Son una caja negra", reconoce una fuente del Ministerio de Economía [18].

En el siguiente cuadro se puede observar el mayor volumen de dinero que cada año es dispuesto por estos fondos y su creciente incidencia con respecto al total de los recursos de la Administración Nacional.

	2004	2003	2002	2001
Cantidad de Fondos expuestos en el presupuesto	14	15	14	8
Cálculo de Recursos de la Administración Nacional según presupuesto (en millones de $)	62.012	62.268	39.895	46.412
Total Ingresos "Fondos Fiduciarios" según presupuesto (en millones de pesos)	3.151	2.230	1.272	633
% Fondos s/ Total Recursos	5,08 %	3,58 %	3,19 %	1,37 %

Fuente: elaboración propia sobre la base de datos del Ministerio de Economía, *www.mecon.gov.ar*

[17] ALCONADA MON, Hugo, "Cuentas...", cit.
[18] ALCONADA MON, Hugo, "Cuentas...", cit.

Demora —que en muchos casos deviene en falta de aplicación— en el ámbito del poder judicial y de la administración, para aplicar sanciones.

— Del total de denuncias presentadas por la Oficina Anticorrupción, ninguna ha terminado en sentencias con sanción.

Sobre la base del informe anual 2002 de la Oficina Anticorrupción se puede afirmar que:

"Durante los tres años que lleva de vida, la Oficina Anticorrupción logró que 127 funcionarios y ex funcionarios públicos fueran indagados por la presunta comisión de delitos y que 71 de ellos fueran procesados en el marco de las 667 denuncias que formuló ante la Justicia. Paradójicamente, un solo caso llegó a juicio y el acusado, aunque se probó su falta, resultó absuelto" [19].

— Del total de multas aplicadas por los Entes Reguladores, por diversas razones, muy pocas terminan siendo cobradas y en muchos casos son perdonadas por el concedente en los sucesivos procesos de renegociación.

Los contratos de concesión de los servicios públicos contemplan un "Régimen de Sanciones" en el caso de incumplimiento del concesionario con las obligaciones asumidas. La experiencia de los últimos diez años demuestra que este mecanismo no ha sido del todo eficaz.

• En algunos casos existen excesivas demoras en la tramitación de las sanciones, que las tornan abstractas o susceptibles de ser incluidas en los recurrentes procesos de renegociación, debilitando fuertemente su efecto sancionatorio. Diversos informes —47/2003, 215/2002 y 206/2003— de la Auditoría General de Nación han señalado situaciones de este tipo respecto a la Concesión de los Corredores Viales y de los Organismos Reguladores que se sucedieron en relación con ésta.

"Han sido recurrentes las demoras excesivas en los plazos de tramitación de las sanciones y su falta de aplicación en muchos casos. Por otra parte, como consecuencia del proceso de renegociación, se han eximido, en forma impropia, diversas penalidades (res. AGN 47/2003 y 215/2003). Dicha actitud ha tenido su correlato en la Secretaría de Obras Públicas, que incluso se ha excedido, en al

[19] Fernández Moores, Lucio, "Muchas denuncias, pocos procesados y ni un culpable", *Clarín*, 20/2/2003.

menos un caso, en su facultad de disponer reprogramaciones de obras no contempladas en los convenios (res. AGN 215/2002)" [20].

"De los procedimientos de auditoría surge que el organismo de control omite propiciar penalidades, siendo éste un accionar recurrente observado en los informes de auditoría de esta AGN" [21].

Ejemplos de este tipo encontramos en otras concesiones. Un reciente informe de la AGN lo señala respecto de las multas aplicadas por la CNRT a la empresa Transportes Metropolitano General Roca SA:

"Se constató un monto total de $ 11.545.266,52 en expedientes originados en la aplicación de sanciones, aquellas que se encuentran firmes ascienden a $ 7.915. La finalidad de la aplicación de sanciones se ve desnaturalizada entonces debido a las demoras verificadas en el trámite de sustanciación y resolución de expedientes" [22].

— Algunos informes de auditoría ilustran sobre situaciones de demora y falta de definición, que lesiona fuertemente la capacidad del control sobre el concesionario y lo incentiva a utilizar este medio como forma de eludir la sanción, motivada por falta de articulación de instancias en la alzada.

En el informe de la AGN aprobado por res. 138/2003 se observa y comenta:

"Existe desarticulación y desinformación entre el Órgano Regulador y la Administración Central. Ello incide en la adecuada defensa de los intereses del Estado, tornando anárquico y poco eficiente el accionar de la Administración. A ello se suma la demora en la resolución de los recursos. La multiplicidad de estamentos con poder de decisión diluye la responsabilidad del Órgano de Control, lo que es aprovechado por AA2000. A su vez, se ha observado que una vez que los expedientes traspasan su órbita, el organismo pierde toda información sobre los mismos..." [23].

[20] "Concesiones viales y DNV: muestra de las principales auditorías sobre órganos de control y empresas adjudicatarias del proceso de privatización 1993-2003". Nota del Presidente de la AGN al Ministro Roberto Lavagna, elevando el informe.

[21] Informe aprobado por res. AGN 47/03.

[22] Informe aprobado por res. AGN 64/03.

[23] Informe aprobado por res. AGN 138/03, ps. 42-43.

En ese sentido concluye recomendando:

"Resolver los recursos y aplicar las sanciones por incumplimientos con el Contrato de Concesión en tiempo oportuno, impidiendo conductas especulativas. (Obs. 3. a] y 4)" [24].

Agotamiento de la estrategia del control de la ciudadanía como elemento para combatir la corrupción.

— Al iniciar esta sección nos preguntamos acerca de los límites de la estrategia de control de la ciudadanía. Estamos de acuerdo con las políticas de transparencia, ponerlo todo en la red para que los ciudadanos se informen, para que las organizaciones de la sociedad civil puedan conocer y actuar, incrementar la participación, superar los límites de la democracia formal, concebir la sociedad en forma sistémica con buenos subsistemas de información que permitan saber qué es lo que se decide y qué implica lo que se decide.

Como hemos señalado al hablar de los avances realizados en la estrategia pro transparencia, en la Argentina se dispone hoy de una importante cantidad de sitios web —públicos y de ONG— con información sobre los ingresos, asignaciones y gastos públicos, así como también de los informes de auditoría —interna y externa— que se realizan respecto de los mismos. Por otra parte, el decreto 1172/2003 constituye —al menos potencialmente— un importante avance que tiende a completar la información difundida a través de las herramientas del gobierno electrónico.

A algunos años vista de las primeras experiencias en esta materia, los resultados en términos de control ciudadano parecen estar lejos del primer optimismo. Parece claro que no ha existido proporción entre el volumen de información puesta en manos de público y la capacidad de éste de transformarla en control.

¿Qué origina esta situación? En primer lugar, sólo el 10% de la población tiene acceso a Internet. Algunas páginas presentan información desactualizada, irrelevante o de difícil comprensión. En otras oportunidades, problemas de implementación o de puja política han impedido que den todo su potencial.

"Puede afirmarse que Cristal fue uno de los pocos intentos (en el mundo) de constituir un 'portal integral' para la transparencia de la gestión pública... Si bien diversos actores sugieren que el proyecto Cristal se tornó inviable al malograrse la política de 'transparencia' en que estaba inserto, cabe señalar también que debido a factores exógenos y endógenos — el portal no logró concretar sus objetivos básicos en ningún momento de su trayectoria... La mayor

[24] Informe aprobado por res. AGN 138/03, p. 51.

En ese sentido concluye recomendando:

"Resolver los recursos y aplicar las sanciones por incumplimientos con el Contrato de Concesión en tiempo oportuno, impidiendo conductas especulativas. (Obs. 3. a] y 4)" [24].

Agotamiento de la estrategia del control de la ciudadanía como elemento para combatir la corrupción.

— Al iniciar esta sección nos preguntamos acerca de los límites de la estrategia de control de la ciudadanía. Estamos de acuerdo con las políticas de transparencia, ponerlo todo en la red para que los ciudadanos se informen, para que las organizaciones de la sociedad civil puedan conocer y actuar, incrementar la participación, superar los límites de la democracia formal, concebir la sociedad en forma sistémica con buenos subsistemas de información que permitan saber qué es lo que se decide y qué implica lo que se decide.

Como hemos señalado al hablar de los avances realizados en la estrategia pro transparencia, en la Argentina se dispone hoy de una importante cantidad de sitios web —públicos y de ONG— con información sobre los ingresos, asignaciones y gastos públicos, así como también de los informes de auditoría —interna y externa— que se realizan respecto de los mismos. Por otra parte, el decreto 1172/2003 constituye —al menos potencialmente— un importante avance que tiende a completar la información difundida a través de las herramientas del gobierno electrónico.

A algunos años vista de las primeras experiencias en esta materia, los resultados en términos de control ciudadano parecen estar lejos del primer optimismo. Parece claro que no ha existido proporción entre el volumen de información puesta en manos de público y la capacidad de éste de transformarla en control.

¿Qué origina esta situación? En primer lugar, sólo el 10% de la población tiene acceso a Internet. Algunas páginas presentan información desactualizada, irrelevante o de difícil comprensión. En otras oportunidades, problemas de implementación o de puja política han impedido que den todo su potencial.

"Puede afirmarse que Cristal fue uno de los pocos intentos (en el mundo) de constituir un 'portal integral' para la transparencia de la gestión pública... Si bien diversos actores sugieren que el proyecto Cristal se tornó inviable al malograrse la política de 'transparencia' en que estaba inserto, cabe señalar también que debido a factores exógenos y endógenos — el portal no logró concretar sus objetivos básicos en ningún momento de su trayectoria... La mayor

[24] Informe aprobado por res. AGN 138/03, p. 51.

dificultad exógena parece haber residido en el déficit de información con el alcance y calidad especificados... Por su parte, el equipo del portal exhibió cierta tolerancia frente a las inercias de las fuentes y su recurrencia en la provisión de datos de insuficiente calidad..." [25].

En todo caso, analizar la información sobre el desenvolvimiento de los negocios públicos y sopesar sus consecuencias requiere de un esfuerzo de los ciudadanos que difícilmente puedan sostener en el lago plazo. Situaciones de este tipo fueron descriptas desde hace mucho tiempo por Downs [26] al describir la conducta de los votantes y no habría motivos para pensar que esto ha variado, sobre todo en contextos como los nuestros, en que los ciudadanos perciben al Estado más como enemigo que como arena pública en la cual pueden influir para hacer valer sus preferencias.

Una alternativa a este cuello de botella lo constituye el trabajo realizado por las Organizaciones de la Sociedad Civil. Sin embargo y a pesar del muchas veces excelente trabajo realizado, los productos de ese esfuerzo tienen como principales destinatarios nuevamente a los ciudadanos, que materialmente se ven desbordados por la cantidad de información, con lo que vuelve a repetirse el cuello de botella y los límites estructurales de está estrategia.

Para algunos autores, la brecha existente entre lo que potencialmente podría esperarse de la receta pro transparencia y lo que efectivamente se ha dado se explica en que, introducidos en un contexto anómico, "dichos instrumentos cumplirán un rol meramente ritual". "Las aplicaciones de gobierno electrónico en Internet permiten cumplir los rituales y las ceremonias de 'transparencia', ocultando —bajo el resplandor telemático— el sentido legítimo de la transparencia deseable. Con el tiempo, la seudo transparencia se convierte en el punto de referencia, a través de vistosos 'como si' vaciados de sustancia" [27].

Creemos que si la estrategia pro transparencia ha dado resultados más magros que los esperados es por una combinación de los factores señalados más arriba. Creemos, asimismo, que esto debe dejar lecciones claras al formulador de políticas, al legislador y al representante.

• Primero, para que la ciudadanía pueda ejercer control en toda su capacidad, debe extremar en todo lo que le sea posible la calidad, accesibilidad y comprensiblidad de la información que se pone a su disposición. Para luchar contra la corrupción, es vital romper con el secreto y la discrecionalidad administrativa.

[25] Para una descripción interesante que comenta una serie de evaluaciones sobre el particular, ver el artículo de TESORO, José Luis, "Portales pro-transparencia y transparencia de la anomia", revista *Probidad*, nro. 23, junio 2003.

[26] DOWNS, Anthony, *An Economic Theory of Democracy, 1957*, Inside Bureaucracy, 1967.

[27] Tesoro, J. L., "Portales...", cit.

• Segundo, garantizar la publicidad como medio para el control ciudadano, es tan sólo condición necesaria de la lucha contra la corrupción. Pretender que todas las respuestas a esta cuestión se agoten en la publicidad, es candidez o hipocresía.

Son necesarios cambios más profundos: la violación de la norma debe tener sanción y no premio. Es esa tarea de fondo, la lucha contra la anomia generalizada, la que esta aún pendiente y la que habrá que realizar para que los resultados en la lucha contra la corrupción sean sostenibles y perdurables en el tiempo.

Volviendo a la Administración Pública, no existe un régimen de premios a la excelencia y castigos a la inoperancia y a las faltas, y el personal del Estado es innecesariamente numeroso en determinados lugares y escaso en otros —y por ello mal remunerado—, o bien está desmoralizado. Todo comportamiento honesto y eficaz tiene a la autoestima como única recompensa.

En un ambiente de esas características, la cultura institucional no promueve la honestidad, la eficacia ni la transparencia, puesto que lo que se premia y se castiga suele ser la lealtad o la falta de ella.

Merece pensar en tener un servicio civil profesional y estable, que asegure la continuidad de las políticas de Estado. Tenemos una Administración con alta rotación —y, en muchos casos, escasa formación— de funcionarios que hay que transformar en estructuras permanentes con equipos que garanticen que el Estado funcione bien, con independencia de los cambios políticos.

Hay que empezar por el principio, reforma de la educación desde la infancia, y en la administración, ingreso por oposiciones, carrera peldaño a peldaño, con exámenes, evaluaciones y salario digno.

Necesitamos una Administración con tanta capacitación en sus recursos humanos y tecnología disponible como la que tienen las administraciones de mandar, de saber que es lo que manda y de controlar y obligar el cumplimento, no una ficción normativa. En suma, una Administración moderna, eficaz y funcionarios que se sientan libres de hacer lo que deben hacer.

Sólo daría una consigna: honestidad y trabajo, lo demás está en las normas y en los manuales de procedimientos. También siempre hay un *soft* enlatado que puede adaptarse.

Si queremos hacer una última reflexión, la Administración Pública, si se quiere, la función pública y los funcionarios no son una isla; la clase política, los medios de comunicación, los sectores sociales, los empresarios, tampoco. Todos forman parte de un cuerpo social enfermo. Estigmatizar una clase, un grupo social, no pasa de ser mero reduccionismo. En ese sentido, estamos más cerca de la homeopatía que reconoce enfermos y no enfermedades, que de la alopatía, que suele aparecer complicada con el *marketing* de los laboratorios que compiten por ofrecer la droga milagrosa.

III. Bibliografía consultada

Ades, A. - Di Tella, R. (1995), "Competition and Corruption." Oxford Applied Economics Discussion Paper Series: 169.

— (1997), "National Champions and Corruption: Some Unpleasant Intervencionist Arithmetic", *Economic Journal* 107: 1023-1042.

Agencia para el Desarrollo Internacional (AID) y Price Waterhouse, *Informe Final de la Primera Conferencia Interamericana Sobre Problemas de Fraude y Corrupción en el Gobierno*, Miami, EE.UU., 1989.

Arrow, K. (1985), "The Economics of Agency", en *Principals and Agents: The Structure of Business*, Pratt, J. and Zeckhauser, R., Harvard Business School Press.

Auditoría General de la Nación, revista *Control & Gestión* nros. 6, 7 y 8 de marzo 1996, Buenos Aires, Argentina, octubre 1996 y julio 1997.

— Memoria años 1995 y 1996.

— Normas de Auditoría Externa.

Bardhan, P. (1997), "Corruption and Development: A Review of Issues", *Journal of Economic Literature* 35.

Besanko, D. - Dranove, D. - Shanley, M. (1996), *Economics of Strategy*, John Wiley & Sons, Inc.

Casahuga Vinardell, Antonio, *Fundamentos de la teoría económica de la Hacienda Pública Democrática*, Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, Madrid, España, 1984.

Cincunegui, Juan B. - Cincunegui, Juan de Dios, *La corrupción y los factores de poder*, Fundación Argentina de Planeamiento, Buenos Aires, 1996.

Conferencia celebrada en Ginebra el 9 de junio de 1995, *La paz universal y los valores humanos*, julio de 1996, edición Sai Ram.

Cuerpo Superior de Inspectores de la Hacienda Pública. AA.VV., *Integración Organizativa - Valores de Responsabilidad Pública*, Madrid, 1994.

Chibber, M. L., *Liderazgo*, marzo de 1997, edición Sai Ram.

Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Brothers, New York, 1957.

— *Inside Bureaucracy*, Little, Brown and Company, Boston, 1967.

Etkin, J., *La doble moral de las organizaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1994.

Galbraith, John K., *Una sociedad mejor*, Barcelona, 1996.

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Secretaría de Salud (1997), "Análisis Comparativo de precios de compra y consumos para los insumos hopitalarios según modalidad del gasto existente".

González-Malaxechevarría, Ángel, *Fraude, corrupción y despilfarro*. Encuentro Interamericano de Auditores Internos, Buenos Aires, 1991.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997.

GRONDONA, Mariano - MORENO OCAMPO, Luis, *La corrupción*, Atlántida, Buenos Aires, 1993.

INTOSAI, *"El Papel de las EFS en la Lucha Contra la Corrupción y Mala Gestión"*, Seminario sobre Auditoría Gubernamental, Viena, Austria, octubre 1996.

JOHNSTON, M. (1997), "The Search for Definitions: the Vitality of Politics and the Issue of Corruption", *International Social Sciences Journal* 149, 321- 335.

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, 1974.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "La defensa del orden constitucional y del sistema democrático. La llamada 'cláusula ética' de la Constitución", en AA.VV., *La Reforma Constitucional interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción*, Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

MALIANDI, R., *Ética, conceptos y problemas*, Biblos, Buenos Aires, 1991.

MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel, *El cuerpo superior de administradores civiles del Estado*, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor H., "El Estatuto Anticorrupción de Colombia", revista *OLACEFS*, diciembre 1995.

NINO, C. (1992), *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.

OEA (1996), Convención Interamericana contra la Corrupción, Venezuela, 29 de marzo 1996.

OLACEFS, V Asamblea, "Memoria", Lima, Perú.

PAIXAO, Enrique, "Notas de elevación", Memorias AGN, 1995 y 1996.

PALMIER, L. (1983), "Bureaucratic Corruption and its Remedies" en CLARKE, Michael - PINTER, Frances (Publishers), *Corruption. Causes, Consequences and Control*, ps. 205-219.

PAUL, S. (1991), "Strengthening Public Service Accountability: A Conceptual Framework", World Bank Discussion Papers nro. 136.

Revista *Noticias*, "El impuesto a los honestos", Buenos Aires, 4 de enero 1997.

RODRÍGUEZ, Héctor C., "La Experiencia del Control Público en el Proceso de Privatizaciones de la República Argentina", Seminario sobre la Auditoría de la Privatización, Brasilia, 1997.

RODRÍGUEZ, Héctor C., y otros, "Políticas Públicas - Argentina Frente al Desafío de la Competitividad", Publicación Fundaciones Fupai - Rojas, Buenos Aires, 1995.

— "Políticas Públicas - Los Entes de Regulación", Publicación Fundaciones Fupai - Rojas, Buenos Aires, 1994.

RODRÍGUEZ, Héctor C. - VETULLE, Rubén A., "El Control Público Moderno", en *Revista de los Tribunales de Cuentas de la República Argentina.*

RODRÍGUEZ VILAÇA, Marcos V., "La corrupción y las potestades de las Entidades Fiscalizadoras Superiores", revista *OLACEFS*, agosto 1994.

SAGÜÉS, Néstor, "El factor ético, presupuesto de la democracia", ED 81-868.

SCHARGRODSKY, Ernesto, *Transparencia y rendición de cuentas en los hospitales públicos: Un estudio de precios de compra de insumos*, BID, 1999.

SHLEIFER, A. - VISHNY, R. (1993), "Corruption", *Quarterly Journal of Economics*, vol. Cg VIII, nro. 3, agosto 1993.

SPALLI, Giulio, *Cleptocracia*, Losada, 1997.

STAFFA, Damián, "Contexto institucional y transparencia", Tesis de Maestría, Programa de Economía y Políticas Públicas, ITDT-BID, 1998.

VAN RIJCKEGHEM, C. - WEDER, B., "Corruption and the Rate of Temptation: Do Low Wages in the Civil Service Cause Corruption?," IMF Working Paper, WP/97/73, 1997.

VANOSSI, Jorge, "Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", *El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1992.

WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1973.

WEINSCHELBAUM, F., "The Economics of Corruption: A Game Theoretic Approach", Ph.D. Dissertation, UCLA, 1998.

ZULETA PUCEIRO, Enrique, "Ética y negocios en el contexto de la nueva cultura económica argentina", Buenos Aires, 1997.

PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

por JUAN CARLOS PUGLIESE*

"Las universidades tradicionalmente, como la Iglesia, han gozado de un grado notable de autonomía del control político y económico. En parte porque fueron protegidas en casi todas las sociedades por las clases más altas, sin importar su propia constitución interna. A través de su historia han contribuido a cambiar el mundo, sin embargo, ellas mismas han cambiado en menor proporción que el resto del mundo" [1].

I. ACERCA DE LOS MÚLTIPLES SIGNIFICADOS Y DIMENSIONES DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

1. La autonomía: algunos antecedentes históricos

El término autonomía forma parte indisoluble de la identidad de la universidad desde sus orígenes en la Europa de la Edad Media. La Universidad de Bolonia que nace en el siglo XII, es el modelo seguido por los reformistas de 1918. Dicha universidad surge como una iniciativa de organización de los profesores para preservar su actividad alejada de la injerencia del poder imperial y del poder de la iglesia. Sin embargo, es el poder público el que otorga ciertos privilegios a la corporación. Según Mollis, "así es como las universidades comenzaron a desarrollar una 'autonomía constitutiva' con respecto a algunos poderes y gozaron de un conjunto de privilegios corporativos, y a su vez dependieron con exclusividad del poder público que les otorgó esos mismos privilegios. [...] Por lo tanto, la autonomía como concepto histórico, no significa independencia total de todo poder, sino que implica una relación de búsqueda de legitimidad entre

* Secretario de Políticas Universitarias - Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación.

[1] KERR, Clark (1994), *Higher Education Cannot Scape History*, State University of New York, N.Y. Citado y traducido por MOLLIS, Marcela (1996), en "El sutil encanto de las autonomías", *Pensamiento Universitario*, año 4, nro. 4/5, Buenos Aires.

sujetos-actores con una determinada "vocación" [...], los maestros o estudiantes, y un poder público" [2].

La misma autora señala que el tipo de autonomía institucional que marca el desarrollo de las universidades argentinas desde sus comienzos está fuertemente vinculado a la concepción tocquevilleana liberal de tipo federalista que privilegia la libertad de las instituciones respecto de controles externos al estilo del modelo universitario norteamericano [3].

Esa autonomía se cimentaba en el protagonismo de los mismos actores universitarios en la definición de las políticas pedagógicas y académicas de la universidad, cuestión que retoma como bandera fundamental el movimiento reformista en la argentina de 1918 y que sienta las bases del modelo de desarrollo universitario en nuestro país y en Latinoamérica.

La idea de autonomía que impulsó el movimiento reformista de 1918 está ligada al cogobierno, es decir, a la participación de docentes, graduados y alumnos en el gobierno de la universidad; a la instauración del sistema de concursos abiertos e imparciales para la elección de los docentes y a la necesidad de una universidad al servicio de la producción de los saberes que toda la sociedad necesita. Se expresa en el célebre Manifiesto Liminar: "Nuestro régimen universitario —aún el más reciente— es anacrónico. Está fundado sobre una especie de derecho divino; el derecho divino del profesorado universitario. Se crea a sí mismo. En él nace y en él muere. Mantiene un alejamiento olímpico. [...] (La Federación Universitaria de Córdoba) reclama un gobierno estrictamente democrático y sostiene que el *demos* universitario, la soberanía, el derecho a darse el gobierno propio radica principalmente en los estudiantes".

El presidente de la FUA en el discurso de apertura del Congreso en Córdoba en 1918 manifestaba: "De esta asamblea ha de surgir la construcción ideal de la universidad futura. Si ella ha de responder a las necesidades de la época; si ha de realizar su fecunda obra de elaboración e irradiación de la cultura; si ella ha de vivir el momento social, tiene que modificar sustancialmente su estructura, sus métodos, su orientación. No es de este siglo la universidad cerrada, burocrática, inmóvil. Es de este siglo la universidad abierta, libre, científica, humana, que eleve e ilumine la vida nacional. [...] No puede concretarse a su "función profesional [...]. Ella debe tener una 'función científica', esto es, preparar hombres de ciencia, formar la generación de espíritus desinteresados que han de ser los genuinos representantes de la futura ciencia argentina" [4].

Siguiendo a Naishtat, la reforma de 1918 plantea la autonomía en dos sentidos: por un lado, la autonomía está dada para el autogobierno; siendo la uni-

[2] MOLLIS, Marcela, "El sutil encanto de las autonomías. Una perspectiva histórica comparada", en *Pensamiento universitario*, año 4, agosto 1996, p. 103.

[3] MOLLIS, M., "El sutil...", cit.

[4] SANGUINETTI, H. - Ciriá, A., *La Reforma Universitaria/1*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, ps. 56-57.

versidad una "*polis* autónoma", su gobierno es el del *demos:* "La autonomía en el gobierno universitario en la concepción de la reforma, es garantía de autonomía frente al Estado". Su instrumento privilegiado es el cogobierno [5].

En otro sentido, ella es la autonomía para la producción y transmisión del conocimiento en función de los intereses y necesidades de la sociedad. Afirma Naishtat siguiendo a Ingenieros: "Las universidades comienzan a preocuparse de los asuntos de más trascendencia social y las ciencias se conciben como instrumentos aplicables al perfeccionamiento de las diversas técnicas necesarias a la vida de los pueblos". Se planteó entonces a la extensión universitaria como el marco adecuado para el logro de esta función vital de la universidad [6].

La ley 1597 de 1885, llamada Ley Avellaneda, con sus tres artículos dispositivos y uno de forma, estableció un régimen por el cual las universidades podían elegir sus autoridades y redactar sus propios estatutos, sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo, que también se reservaba un rol activo en la designación de los profesores a partir de ternas propuestas por las universidades. En definitiva, la idea de autonomía que se desprende de esta ley no es exactamente la misma que defendieron los reformistas de 1918, pero igualmente numerosos autores como Sánchez Viamonte, Risieri Frondizi y Vanossi reconocen que bajo esta ley las universidades gozaron de autonomía. Según el primero, "En forma lacónica, las disposiciones de esta ley bastan para asegurar la autonomía universitaria siempre en peligro frente al Poder Ejecutivo" [7].

El diccionario (Español Emblem) define así la autonomía y su noción asociada de autarquía:

Autonomía significa: "1) Sust. fem. Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia política. 2) *Fig. Condición del individuo que de nadie depende bajo ciertos conceptos. 3) Potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios".

A diferencia de Autarquía que significa: "1) Sust. fem. Poder para gobernarse a sí mismo. 2) Autosuficiencia. 3) Estado de un país o territorio que procura bastarse con sus propios recursos, evitando, en lo posible, las importaciones de otros países".

Desde esta perspectiva, la Autonomía Universitaria es definida casi unánimemente como la capacidad que tienen las instituciones universitarias para autogobernarse.

[5] NAISHTAT, S., y otros, "Autonomía universitaria: las múltiples definiciones de un concepto", ponencia presentada en el Primer Encuentro la Universidad como Objeto de Investigación, Buenos Aires, septiembre 1995.

[6] NAISHTAT, S., y otros, "Autonomía...", cit.

[7] Citado por GROISSMAN, Enrique, *La universidad como problema jurídico*, Macchi, Buenos Aires, 1968, p. 22.

Pero hay que notar que tal capacidad de autogobierno no está ligada a la capacidad de autofinanciamiento.

La autonomía sin autarquía es capacidad de independencia académica, científica y político administrativa.

Cuando existe autosuficiencia económica, se puede desarrollar la potestad de ejercer la autarquía donde el poder de autogobierno, la autonomía propiamente dicha, se ejerce en contextos de "soberanía".

Junto con lo antedicho, está ampliamente reconocido que la historia de las universidades muestra una particular relación entre éstas y los poderes públicos.

Desde sus orígenes, las universidades nacieron en medio de una tensión entre independencia institucional y dependencia financiera del poder político para poder sustentar la situación de autonomía que tan celosamente resguardaron.

"Por la tanto, la autonomía, como concepto histórico, no significa independencia total de todo poder, sino que implica una relación de búsqueda de legitimidad entre sujetos-actores con una determinada 'vocación', los maestros o estudiantes y un poder público" [8].

De este modo se hace evidente que las universidades nacieron de la mano y al amparo del poder público que les garantizó su financiamiento. Pero a la vez entraron en colisión con el poder eclesiástico en la lucha corporativa por el monopolio del poder escolar, situación que en Argentina se hizo evidente hasta pasada la mitad del siglo XX cuando comienza a resolverse con la promulgación de la llamada "Ley de Educación Libre".

En su pacto con el Estado, las corporaciones universitarias obtuvieron el financiamiento de su autonomía y la atribución de autogobernarse y extender títulos, colaciones de grado, rompiendo el monopolio eclesiástico del saber y su administración.

El poder público se reservó la función de financiar el oficio escolar y de dar fe pública de la idoneidad de la corporación académica para administrar el saber y extender títulos profesionales.

La lucha del Estado por consolidar su control sobre una fuente estratégica de poder en la sociedad "moderna" (civil, tolerante, laica y democrática) y modernizar el mercado de las profesiones se orientó contra la Iglesia y tuvo en los universitarios un aliado que le reclamó autonomía académica y corporativa para reclutar a sus miembros y administrar su materia específica: el conocimiento y los títulos y certificados que acreditan su adquisición.

Por eso, no es acertado analizar la relación entre el Estado y la Universidad sólo en términos de enfrentamientos y tensiones críticas, como habitualmente se hace cuando se lee la historia desde la exclusiva perspectiva de las intervencio-

[8] MOLLIS, M., "El sutil...", cit.

nes estatales a la universidad. También es necesario incorporar el análisis del profundo lazo de dependencia estatal que es condición del ejercicio de la autonomía universitaria en el país.

El hecho, aparentemente paradójico, de que la intervención del Estado sea garantía de la autonomía universitaria es algo que debe enfatizarse, dado que el papel activo del Estado, en este punto, ocurre en una relación asimétrica en la cual las universidades reclaman todo del Estado: financiamiento y autonomía y no siempre utilizan estos recursos económicos y político-administrativos para autogobernarse y administrarse responsablemente.

Por otro lado, es necesario reconocer que la autonomía universitaria supone una vía doble que compromete al Estado, por un lado, como proveedor de recursos y libertades y, por otro lado, como supervisor público del uso adecuado de los recursos y las libertades que, en última instancia, les son cedidos a las universidades por la sociedad, Estado mediante.

La autonomía académica pasó a ser un principio fundamental para las instituciones reformistas, ya que se propuso romper el círculo vicioso de los "mediocres" (académicos vitalicios) del tradicional gobierno a cargo de la enseñanza, y se proyectó en la cultura universitaria a través de la participación de los tres cuerpos colegiados (profesores, estudiantes y graduados) en la toma de decisiones pedagógicas, académicas y científicas. Ello significó que la selección y el nombramiento de los profesores a través de concursos públicos —antecedentes y clase pública—, la libertad de cátedra, la elaboración de los planes de estudios, las condiciones de admisión y de cursada, quedó en manos de los Consejos Directivos de cada Facultad y de los Consejos Superiores de Cada Universidad, representados por los tres estamentos.

Este movimiento organizó el gobierno pedagógico y académico en torno a los actores universitarios, como lo hiciera la Universidad de Bolonia siete siglos antes.

Se ha señalado hasta aquí que el concepto de "autonomía" presenta múltiples dimensiones: por un lado, la dimensión académica; por el otro, la financiera (legalmente reconocida como autarquía). Si bien ambas dimensiones están imbricadas en el concepto de autonomía, no deben confundirse.

Otra dimensión vinculada a estas dos es la administrativa. A partir de los setenta cuando se produce la explosión matricular, aumentó la tensión entre las dos lógicas que coexisten al interior de las universidades públicas. Nos referimos a la lógica burocrático-administrativa —es decir, la lógica burocrática piramidal que, de algún modo, proviene del concepto de universidad como organismo estatal o institución pública—, cuya administración recuerda más a un Ministerio que a un centro de actividad intelectual, versus la lógica académica corporativa de los "académicos" (profesores, intelectuales, investigadores) que deviene de la historia de las universidades medievales e incluso del modelo humboldtiano de universidad alemana.

En el interior de las instituciones universitarias coexisten espacios para la confrontación, cuando se trata de describir o entender el concepto de autonomía institucional. Por ejemplo, en función de la diversidad de funciones e intereses se pueden describir algunos pares antinómicos (aunque no siempre lo sean):

- El claustro de profesores *versus* el cuerpo de no docentes y administrativos.
- El cuerpo de profesores investigadores *versus* un conjunto de docentes *part-time* (agremiados o no).
- El cuerpo de profesores regulares/ordinarios *versus* el de docentes administradores, o los funcionarios docentes, etcétera.

Cada uno de estos actores tiene una identidad institucional diferente que lo remite al poder del Estado bajo distintas fórmulas: empleado público (no-docentes y docentes de tiempo parcial), funcionarios públicos *ad honorem* (autoridades universitarias), corporación profesional (profesores investigadores), corporación estudiantil (grupos gremiales estudiantiles). Lo que implica intervención para unos, puede significar control para otros; supervisión para unos, avasallamiento de la libertad de cátedra para otros, etc. Finalmente se produce en torno a la autonomía institucional, un conjunto de verdades condicionadas al ejercicio de las funciones (diferentes) y al desarrollo de las identidades institucionales (también diferentes), que agregan mayor complejidad a la descripción que venimos desarrollando.

De la larga cita anterior llama la atención la casi deliberada exclusión de la dimensión política que atraviesa a la universidad en tanto institución en la que sus autoridades son periódicamente seleccionadas por métodos electivos.

Así, no parece pertinente oponer la lógica administrativa a la lógica académica sin destacar el hecho de que cuando ocurre esta oposición es porque lo administrativo está politizado y/o burocratizado, introduciendo criterios extraacadémicos para decidir sobre las materia propia de la universidad, que es básicamente la de la conservación, reproducción, creación y difusión del conocimiento y de la expedición de los certificados que lo avalan.

2. La autonomía: sus definiciones

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la autonomía es: "1. Estado y condición del pueblo que goza entera independencia política. 2. fig. Condición del individuo que de nadie depende bajo ciertos conceptos. 3. Potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante nor-

mas y órganos de gobierno propio. 4. Comunidad autónoma" (*Diccionario de la Real Academia Española*, RAE, ed. 21, 1992).

La autarquía, según el mismo diccionario es: "Poder para gobernarse a sí mismo. 2. Política de un estado que procura bastarse con sus propios recursos, evitando en lo posible las importaciones de otros países" (RAE, ed. 21, 1992).

Las definiciones de los diccionarios acercan entonces el término "autonomía", en el caso del estado y pueblo al de los individuos suponiendo independencia que se expresa en el primer supuesto como a la facultad de darse un gobierno propio, mientras que la "autarquía" agregaría el libre manejo de los propios recursos.

Como muy bien describen Guerrini-Nosiglia, hay una multiplicidad de significaciones y campos de ideas asociadas a los conceptos de autonomía y cogobierno, cuya polisemia ha permitido que múltiples actores, desde diferentes lugares institucionales e ideológicos, dieran y den a estos términos sentidos muchas veces absolutamente disímiles. Las prácticas derivadas de ellos tampoco responden a un modelo cerrado y definido y han sufrido variaciones a lo largo de la historia argentina y en los distintos contextos institucionales en los que se han desarrollado.

Risieri Frondizi ha propuesto definir a la autonomía como "el derecho de la universidad a elegir y destituir a sus autoridades en la forma que ella misma determine en sus estatutos" (1971: 278). Complementaria a la noción de autonomía es la de "responsabilidad": "La autonomía es la libertad negativa —libre de injerencias extrañas—; la responsabilidad, la libertad positiva: libre para realizar una tarea." (1971: 292).

La autonomía importa entonces varios aspectos: la autonomía de gobierno como la capacidad para darse sus normas y determinar sus formas de gobierno; la autonomía académica entendida como la facultad de darse sus propias políticas en cuestiones vinculadas a la selección de la planta docente, diseño de los planes de estudio, desarrollo científico, otorgamiento de títulos, etc.; la autonomía administrativa, como la potestad de diseñar y ejecutar modelos de gestión propios, y finalmente, la autonomía financiera que le da la posibilidad de disponer libremente de su propio patrimonio [9].

Desde el punto de vista jurídico se plantean definiciones de autonomía vinculadas al concepto de autarquía, siendo la primera "la facultad de un ente para darse su propia ley" y la segunda, la facultad de "administrarse a sí mismo" [10]. Se reconoce, sin embargo, que la diferencia entre ambas es "de grado" y que para las universidades ha primado la definición de autónomas, en tanto la misma se ha cargado de significación política adquiriendo el "sentido de una reivindica-

[9] García Laguarda, Jorge M., *La autonomía universitaria en América latina. Mito y realidad*, Universidad Autónoma de México, México, 1977, ps. 23-24.

[10] Groissman, E., *La universidad...*, cit., p. 5.

ción" [11]. En la medida en que la legislación es la que determina el grado de autonomía de las universidades, a la misma se la ha llamado régimen de "autonomía relativa" [12].

Para Sánchez Viamonte [13] existen dos tipos complementarios de autonomía: autonomía institucional y autonomía política, que consisten, respectivamente, en la potestad de darse sus propias instituciones locales y de gobernarse por sus propios medios. Y luego señala: "Aunque el problema de la autonomía universitaria no resulta perfectamente aclarado, existe un consenso general que consiste en reconocer a cada Universidad Nacional el poder necesario para darse su propio Estatuto, es decir, para darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas". El mismo autor define a la autarquía como la posibilidad del autogobierno, pero sin "llegar a ser autonomía política y, mucho menos, institucional."

Según Cantini [14], la autarquía es "el tipo de descentralización administrativa que otorga a un ente estatal personalidad jurídica propia, con capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y administrarse a sí mismo, y con competencia específica para gestionar un determinado fin público estatal, dentro del marco normativo básico de su creación". Mientras tanto, para la autonomía se reconoce que el término no admite definiciones taxativas, pues "no es un término unívoco, sino equívoco y multívoco, tal como se desprende de la pluralidad de regímenes legislativos en la materia" [15]. El mismo autor describe tres concepciones presentes en la legislación nacional universitaria respecto de la autonomía: una negatoria, que rechaza la mínima posibilidad de independencia de la universidad respecto del poder central; otra absoluta, que plantea una suerte de independencia total, de un Estado dentro de otro Estado, y, finalmente, otra concepción relativa, "según la cual la autonomía es una forma valiosa y necesaria, que no debe excluir la adecuada inserción de las funciones y fines universitarios con los demás fines nacionales y sociales, o sea, que se concibe a la 'autonomía' como un medio pero no como un fin en sí mismo; la autonomía es un instrumento de protección de la actividad universitaria, un seguro para desenvolvimiento de sus objetivos, una forma de canalización de la vida universitaria... un instrumento de protección de la actividad universitaria, pero no una vía de segregación o apartamiento del resto de la comunidad, o un pretexto para abrazar fines contrarios o diversos de los establecidos por la sociedad políticamente organizada" [16].

[11] GROISSMAN, E., *La universidad...*, cit., p. 6.

[12] GROISSMAN, E., *La universidad...*, cit., p. 6.

[13] Citado por GROISSMAN, E., *La universidad...*, cit., ps. 186-187.

[14] CANTINI, José, *La autonomía y la autarquía de las universidades nacionales*, Serie Estudios, Academia Nacional de Educación, Buenos Aires, 1997, p. 8.

[15] VANOSSI, Jorge, *Universidad y Facultad de Derecho; sus problemas*, Eudeba, Buenos Aires, 1989, p. 21.

[16] VANOSSI, J., *Universidad...*, cit., p. 147.

Finalmente, el mismo autor define a la autonomía como concepto amplio "aplicado a los cuerpos o instituciones universitarias, (que) supone el poder de autoderminación para ejercer una competencia, que es competencia de administración pública y que en la mayor parte de los casos se complementa con el poder de autogobierno o (autocefalía), consistente en la facultad acordada a los miembros mismos de la universidad de participar en las diversas funciones directivas del ente autónomo. Esa autodeterminación y ese autogobierno suponen e implican el ejercicio de la autoadministración universitaria, o sea, el manejo de la cosa universitaria 'por' las autoridades universitarias sin injerencia o intervención de los demás gobernantes políticos del Estado (salvo el supuesto excepcional de intervención)" [17].

Para Patricia Raquel Martínez, la autonomía universitaria importa una esfera de gobierno a escala, un determinado grado de competencia, distinto del de la provincia, por caso; pero gobierno al fin, que involucra: administración, legislación y jurisdicción. El gobierno de la universidad, como esfera bien diferenciada del Estado central, que integra la descentralización política: autonomía; y la descentralización administrativa: autarquía institucional.

II. La autonomía universitaria con jerarquía constitucional

A partir de 1984 no se manifiestan dos posiciones encontradas en lo relativo a la autonomía, sino que existe acuerdo en lo que se entiende por tal, autonomía de gobierno con la participación de todos los estamentos, autonomía académica en la instrumentación de concursos abiertos y transparentes, y autonomía administrativa y financiera para disponer de los propios recursos. El debate se centra en los modos de restablecer la plena autonomía de las universidades en los procesos de normalización, tarea que fue cumplida y terminada iniciando así un período de larga vigencia de la autonomía universitaria a través de sucesivos gobiernos democráticos.

Con la incorporación del principio de autonomía universitaria a la nueva Constitución Nacional de 1994 podríamos decir que se cierra un capítulo de confrontación y controversia en torno a esta cuestión, al menos en los términos en que se había planteado en décadas anteriores.

III. La autonomía en la ley 24.521, de Educación Superior

La Ley de Educación Superior introduce nuevamente el debate en torno a la autonomía, pero esta vez a partir de ejes bien diferentes.

[17] Vanossi, J., *Universidad...*, cit., p. 148.

El debate acerca de la autonomía no se centra en la mayor o menor injerencia del Poder Ejecutivo Nacional en la vida de las universidades en el marco de una relación Estado-sistema universitario por la cual el primero es el principal responsable de su sostén y desarrollo. Aquí se trata del surgimiento de un "nuevo contrato social" entre el Estado y las universidades que supone, según Brunner, la necesidad de un control administrativo más fuerte por parte del Estado por medios de la evaluación y el cambio de criterios en la asignación de recursos en base a objetivos y metas acordados y la búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento. Se establece así una nueva forma de relación Estado-universidad. Este nuevo contrato implica el pasaje de un estado benevolente o *laissez-faire* a un Estado evaluador (Brunner, 1993).

Las críticas a la ley se centran en su carácter fuertemente reglamentarista tanto por su extensión cuanto por los temas que abarca, muchos de ellos visualizados como avances que restringen la autonomía universitaria.

Los discursos que defienden estos "avances" no se apoyan ya en la crítica a la universidad-isla, sino que lo hacen desde otro lugar, que es el de poner de manifiesto que es la sociedad la que la financia, y que, por tanto, el Estado es quien debe ejercer algún tipo de control sobre la vida de las universidades. Es decir, quien financia debe tener cierto poder sobre el sistema que sostiene, y el mismo debe actuar con "responsabilidad", palabra que se repite en los argumentos favorables a la ley.

En estos debates también aparece como novedad la referencia a otros actores en el plano de las políticas educativas, como son los organismos de crédito internacional, señalados como condicionantes de esas mismas políticas.

Entonces, si bien la ley consagra explícitamente la autonomía en un punto, la vulnera en otros, y así lo expresó toda la oposición reivindicando a la autonomía como el resguardo que la universidad tiene de verse sometida a los avatares políticos del país y de defender las lógicas académicas, de enseñanza e investigación que son propias de la universidad y que no admiten condicionantes.

Numerosas universidades han recurrido a la Justicia denunciando la inconstitucionalidad de la norma, sentenciando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en contra de la pretensión de las universidades.

La citada Ley de Educación Superior introduce algunos cambios notables:

- A nivel del autogobierno: En las universidades "grandes" se refuerzan las características de federación de facultades que de por sí ya apuntamos para todas las unidades del subsistema estatal. Esto ocurre por el otorgamiento a las facultades integrantes de universidades de más de cincuenta mil estudiantes de la autonomía para decidir sobre el régimen de admisión, promoción y permanencia de los alumnos; junto con esto, autoriza a todas las universidades a fijar su propio régimen salarial docente y de personal, les asegura el manejo descentralizado de los fondos

propios y les da la potestad de promover sociedades, fundaciones y otras formas de asociación civil. Los cuerpos colegiados tienen funciones más acotadas a la definición de políticas y el control, en tanto las funciones ejecutivas se reservan para los órganos unipersonales; se modifica el claustro docente, pudiendo ser elegidos los profesores y los auxiliares, y se incorporan los no docentes al gobierno de la universidad, a la vez que se fijan requisitos de antigüedad y regularidad para los representantes alumnos.

- A nivel del Estado: Se introducen formas de supervisión de la autonomía y la calidad por medio de la CONEAU, que tiene como funciones principales acreditar carreras y programas académicos de grado y posgrado y evaluar a las instituciones universitarias en funcionamiento y a los proyectos institucionales de creación de nuevas universidades estatales y privadas. Todos estos procesos se realizan recurriendo al concurso de pares académicos, profesionales y científicos, y los resultados de los mismos tienen estado público.

Entre las consecuencias no deseadas de la falta de debate y definición sobre el sentido de la autonomía en las actuales condiciones de globalización, crisis cultural y devaluación de los conocimientos, se destaca el hecho de que el ya indicado modelo universitario de facultades federadas ha difuminado la autonomía (autogobierno) al interior de las universidades y está en la raíz de un conjunto de debilidades institucionales que han sido registradas en las evaluaciones externas de varias Universidades Nacionales.

En estos diagnósticos, fundados sobre bases empíricas, puede apreciarse que la expansión de la autonomía en el interior de las instituciones universitarias se ha difundido desde el conjunto a las partes, pasando por las facultades, los departamentos, hasta finalmente llegar al nivel de las últimas unidades de organización académica: las cátedras.

Situación que torna crecientemente ingobernables a las instituciones universitarias toda vez que la conducción central de éstas está impedida de poder actuar sobre el conjunto planificando políticas académicas y científicas e impulsando reformas administrativas y funcionales que racionalicen el uso de los recursos escasos por definición.

IV. La autonomía en la jurisprudencia luego de la Reforma Constitucional de 1994 y la LES

La CSJN en oportunidad de expedirse sobre distintas acciones, ya sea entabladas por las UUNN, acusando la inconstitucionalidad de algunas de las normas de la LES, ya sea entabladas por el Ministerio en ocasión de observar Esta-

tutos Universitarios, ha mantenido un criterio prácticamente invariable, a partir del caso "Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Starico - Rector) v. Estado Nacional".

En efecto, sin bien efectuó consideraciones, en algunos casos valiosas para con el concepto de autonomía universitaria y que pueden considerarse un adelanto constitucional, también importaron un retroceso legislativo, en los términos de Andrés Gil Domínguez, al momento de analizar las disposiciones de la LES que estaban en crisis.

De este modo, al menos de una manera dogmática, la CSJN consideró a la autonomía universitaria con un criterio amplio, aunque al momento de analizar la ley reglamentaria echó por tierra sus anteriores interpretaciones.

Entendemos que a partir del fallo de la CSJN en la causa "Universidad Nacional de Mar del Plata v. Banco de la Nación Argentina s/ daños y perjuicios", se produce un cambio de rumbo en esta materia, en donde, ante un caso concreto de aplicación del principio de autonomía universitaria, la Corte, haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás Eduardo Becerra, utilizando las apreciaciones ya efectuadas por ella en oportunidad de analizar el tema de la autonomía, la traslada directamente al caso concreto.

En dicha causa, la Corte recordó que "la expresión autonomía universitaria debe ser interpretada más allá de su sentido técnico, como expresión que trasciende el marco meramente jurídico para manifestar una aspiración o ideal de independencia. Desde otro punto de vista, la autonomía traduce una idea de indefinidos contornos, como instrumento de defensa de la institución universitaria frente a los poderes políticos... sin embargo, la autonomía de la universidad no implica su aislamiento respecto del entramado institucional; está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del Estado de Dereeho".

En el mismo fallo, más adelante sostuvo: "Sobre la base de estos principios, el objetivo de la autonomía es desvincular a la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente emanadas de la Constitución Nacional".

Posteriormente concluyó en el caso concreto (aplicación de la ley 19.983 de conflictos interadministrativos en el ámbito de las UU.NN.), del siguiente modo: "De las razones expuestas, se infiere que, por decisión política de los órganos habilitados constitucionalmente, se dispuso apartar a las altas casas de estudio de la injerencia de los poderes políticos, lo que se convierte en un obstáculo insalvable para que, en el marco de tales principios que sustentan la peculiar naturaleza de la institución universitaria, el litigio sea resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional o por el Procurador del Tesoro, por aplicación de la ley 19.983, aun cuando la actora en estas actuaciones pertenezca al Estado Nacional. Ello es así, desde mi punto de vista, toda vez que, admitir lo contrario, implicaría sosla-

yar la realidad institucional que se instauró a través del ordenamiento jurídico vigente desde 1994 y, por lo demás, siempre existiría la posibilidad de que las universidades nacionales vieran restringida, por motivos económicos, la autonomía que, en el ámbito académico, el constituyente y el legislador quisieron asegurarles".

V. La autonomía en las relaciones entre Estado y universidad. Síntesis histórica

Como conclusión general y sintética, reconstruyendo la historia de las relaciones entre el estado y la universidad en Argentina, se dieron de tres maneras diferentes y, a veces recurrentes:

- Durante largos períodos se osciló entre el Estado "socio" de la universidad y facilitador de la autonomía y el Estado "militar interventor" que condicionó la autonomía a ciertos condicionantes ideológicos propios del nacionalismo de derecha y del cientificismo.
- En la actualidad asistimos a la necesidad de incorporar el concepto de responsabilidad social como correlato de la autonomía y aún el sistema (o mejor dicho, el conjunto de las instituciones universitarias) no ha logrado definir el contenido explícito de ese par que resume la permanente tensión entre Estado y universidad.
- Si la autonomía no es un fin en sí mismo, entonces es necesario preguntarse para qué se reclama autonomía y hoy parece que es cada vez más evidente que la respuesta a este interrogante no puede ser dada por uno solo de los actores y ni siquiera por los dos que están implicados en ella. En la actualidad el Estado y la universidad no pueden dejar de reconocer que existe un conjunto de otros actores sociales implicados en el tema y que no pueden quedar al margen de la discusión. Son los partidos políticos, las empresas, las familias, los centros de producción de conocimientos, etc., los que deben participar incorporando sus demandas y perspectivas en un nuevo pacto de autonomía que le otorgue sentido al autogobierno universitario.

VI. Autonomía y responsabilidad social se conjugan en los contratos programas

Históricamente se entendió que las funciones escenciales de la universidad eran docencia, investigación y extensión; en definitiva estas tres actividades tienen un común denominador que es la sociedad, y es a ella a la que se debe.

Cuando hablamos de sociedad incluimos al Estado como organizador de ella y como administrador de fondos públicos. En consecuencia, el accionar autónomo de las UU.NN. debe llevarse a cabo de manera coordinada, esto es respetando las atribuciones propias de la institución universitaria, pero también discutiendo, con los distintos actores, incluyendo el Estado en sus diversas manifestaciones, la implementación de políticas beneficiosas para el conjunto social.

Este tiempo corre con notables y vertiginosos cambios, la interacción entre sociedad y universidad resulta imprescindible, debiendo asimismo reformularse en el conjunto universitario una serie de temas como por ejemplo: a) la mayor complejidad de las universidades denominadas grandes; b) mecanismos que incentiven la participación de los representados, en la totalidad de los procesos propios del gobierno universitario; c) sistemas electorales; d) planificación del desarrollo universitario; e) coordinación y complementariedad interuniversitaria; f) investigación y empresa, etcétera.

Los temas anteriormente planteados de una manera meramente enunciativa tienen una directa incidencia en el concepto de autonomía universitaria y deberán ser abordados con absoluto respeto de ella, pero sin olvidarse de que el ejercicio de dicha autonomía debe hacerse cabalmente, es decir, como el ejercicio responsable de una atribución conferida constitucionalmente en beneficio de la sociedad.

En este sentido, creemos que al igual que en otras partes del mundo, las UU.NN. deben discutir con el Estado Contratos Programas plurianuales que les permita llevar a cabo sus funciones de enseñanza, investigación y extensión en consonancia con los lineamientos generales que el Estado define para su crecimiento y desarrollo en un mundo gobernado por el valor del conocimiento.

VII. Bibliografía

Boletín de la Academia Nacional de Educación, nro. 25, Buenos Aires, octubre de 1996.

Cantini, José L., *La autonomía y la autarquía de las universidades nacionales*. Serie Estudios, Academia Nacional de Educación, Buenos Aires, 1997.

García Laguardia, Jorge M., *La autonomía universitaria en América Latina. Mito y realidad*, Universidad Autónoma de México, México, 1977.

Gil Domínguez, Andrés, "Autonomía y Autarquía de la Universidades Nacionales. Un adelanto Constitucional, un retroceso legislativo", LL 1/9/2000.

Godoy, Juan R., *La autonomía universitaria en jaque. Su necesaria reparación desde una perspectiva constitucional*, Universidad Nacional de Entre Ríos, 2001.

Groissman, Enrique, *La universidad como problema jurídico*, Macchi, Buenos Aires,1968.

Leyes y debates parlamentarios.

MARTÍNEZ, Patricia R., *La autonomía en la Constitución Nacional. En Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Depalma, Mendoza, 1995.

MOLLIS, Marcela, "El sutil encanto de las autonomías. Una perspectiva histórica y comparada", en *Pensamiento Universitario*, año 4, agosto 1996.

NAISHTAT, S. y otros, "Autonomía universitaria: las múltiples definiciones de un concepto", ponencia presentada en el Primer Encuentro la Universidad como Objeto de Investigación, Buenos Aires, septiembre 1995.

PODETTI, M. - QUÉS, María E. - SAGOL, C., *Política, medios y discurso en la Argentina*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1992.

NOSIGLIA, María C. - MARQUINA, Mónica, "Políticas universitarias en la Argentina 1983-1995: El papel del Poder Ejecutivo y Legislativo Nacional", *Revista del IICE*, año IV, nro. 7, diciembre de 1995.

PAVIGLIANITTI, Norma, *Diagnóstico de la administración central de la educación*, Ministerio de Cultura y Educación, Buenos Aires, 1988.

PAVIGLIANITI, Norma - NOSIGLIA, María C. - MARQUINA, Mónica, *Recomposición neoconservadora un lugar afectado: La universidad*, Miño, Buenos Aires, 1996.

ROMERO, L. A., *Breve Historia Contemporánea de la Argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1994.

SANGUINETTI, H. - CIRIA, A. *La Reforma Universitaria/1*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983.

TIRAMONTI, Guillermina - NOSIGLIA, María C., *La normativa educativa de la transición democrática*, OFYL, Buenos Aires, 1991.

VANOSSI, Jorge, *Universidad y Facultad de Derecho: sus problemas*, Eudeba, Buenos Aires, 1989.

ENSAYOS

¿Y DÓNDE ESTÁ EL ESTADO?: AGENDA SOCIAL Y ESTADO TRANSVERSAL

por Oscar Oszlak *

I. Introducción

Las grandes utopías que dominaron el pensamiento político-filosófico del siglo XIX —el anarquismo, el comunismo y el ultraliberalismo— tuvieron un elemento común: consagraron alternativamente al interés individual o a la voluntad colectiva resultante de la libre asociación entre individuos, en el factor fundamental de la reproducción del orden social, sin que resultara mayormente necesaria la existencia del Estado.

El anarquismo, que tuvo su período de mayor vigencia en las últimas décadas de aquel siglo y en las primeras del siguiente, fracasó en su intento —incluso violento— de instituir un nuevo orden. Cuando eso ocurría, Lenín anunciaba la gradual e inevitable desaparición del Estado en el tránsito del socialismo al comunismo. Debieron transcurrir varias décadas más hasta que la caída del Muro de Berlín acabara simbolizando el derrumbe de ese utópico experimento social y abriera paso a un triunfante neoliberalismo que, propugnando el "fin de la historia", pretendía constituirse en un orden definitivo, restando todo protagonismo al Estado como instancia fundamental de articulación social.

A casi dos décadas de su momento de mayor gloria, también el ultraliberalismo está en retirada en casi todas partes y el Estado ha regresado, esta vez a instancias y con el beneplácito de los organismos multilaterales de crédito que en su momento financiaron su jibarización. Es que los banqueros advirtieron, una vez más, que el sistema capitalista que anida en una economía de mercado, genera "fallas" que sólo el Estado puede resolver. Estas "fallas" son tales en tanto aparecen como efectos indeseables de un patrón de organización de la producción y distribución de los excedentes que no sólo tiende a generar injusticia y desigualdad social, sino que a menudo pone en jaque las propias reglas de funcionamiento del capitalismo como sistema económico. En la medida en que estos valores formen parte de las concepciones ideológicas dominantes y que el

* PhD Ciencia Política, U.California, Berkeley. Director Académico de TOP (Tecnología para la Organización Pública). Director de la Maestría en Administración Pública, Universidad de Buenos Aires.

capitalismo continúe siendo paradigma del orden social deseable, el Estado tendrá reservado un papel fundamental en asegurar la gobernabilidad democrática y la equidad distributiva.

Cabe preguntarse, sin embargo, si el Estado que ha "regresado" es el mismo que se replegó frente al thatcherismo y la *reaganomics*, o estamos en presencia de un fenómeno nuevo. Por ejemplo, si su papel es semejante al que cumplía antes del ajuste y apertura de la economía, de la masiva descentralización y privatización de su aparato institucional, del redimensionamiento de su estructura y plantas de personal. Si, además, luego de la cirugía mayor que se le impusiera en los tiempos de la "primera generación" de reformas (al menos, en muchos países de América latina), ese Estado está en condiciones de apuntalar los modelos de "tercera vía" que, con diferentes variantes, hoy se trata de consolidar tanto en los países centrales como en los llamados emergentes.

Estas preguntas son el objeto de reflexión de la presente ponencia. Su título, un tanto críptico sin duda, pretende dar cuenta de una nueva modalidad de organización y funcionamiento del Estado, cuyas características y alcances constituirán el tema central de este trabajo. Se trata de una reflexión aún incipiente y, por lo tanto, provisoria, inspirada en el análisis del proceso de reforma estatal en Argentina y América latina, así como en la observación de algunas experiencias de los países de la OCDE, que parecen confluir en la configuración de formas estatales que atraviesan tanto sus distintos niveles jurisdiccionales como sus fronteras con la sociedad civil y el mercado. De este modo, denomino *transversal* a un tipo de Estado que rompe con los típicos compartimientos estancos que separaban a sus planos nacional-subnacional y público-privado, asumiendo un rol cualitativamente diferente en la articulación horizontal de esos componentes polares.

II. La agenda permanente del Estado

Algunos sectores enrolados en la "nueva izquierda", que propugnan posiciones social-demócratas de nuevo cuño [1], sintetizan su modelo de sociedad deseable en la fórmula "capitalismo social y democrático". Postulan, en consecuencia, que sin renunciar al carácter capitalista del modo dominante de organización social, es preciso asegurar que el funcionamiento de ese capitalismo se encuadre en las reglas de juego de la democracia y se oriente hacia un desarrollo humano más pleno y equitativo.

Cabría preguntarse si los términos que componen esa fórmula son compatibles entre sí o, por el contrario, son intrínsecamente contradictorios. La literatura reciente ha dedicado bastante reflexión a establecer si capitalismo y democracia pueden funcionar en el contexto de economías subdesarrolladas, en las que

[1] Bresser Pereira, Luis C., "Looking for a 'middle way' in the developing world", mimeo.

el Estado ha tenido un papel protagónico en la inversión y dirección de la economía, en tanto las clases capitalistas han florecido a su amparo a través de esquemas que implicaron importantes transferencias regresivas de ingresos y riqueza. O ha puesto a discusión si la democracia es compatible con la equidad social, es decir, si puede asegurar la vigencia de mecanismos de representación y participación ciudadana a través de los cuales pueden prosperar y satisfacerse demandas por una distribución más justa del producto social. O, por último, si el capitalismo "social", "renano" o "con rostro humano" puede florecer bajo condiciones de ajuste estructural, apertura y creciente ausencia del Estado.

En el trasfondo de esta ecuación, lo que se plantea es la congruencia entre tres cuestiones que, históricamente, no sólo han dado contenido básico a la agenda del Estado, sino que en su mutuo despliegue han generado una tensión permanente en el modelo de organización de nuestras sociedades [2]. Me refiero a las cuestiones de la gobernabilidad, el desarrollo y la equidad, que son precisamente las que componen la fórmula *capitalismo* (en tanto modo de desarrollo), *social* (en tanto modo de redistribución equitativa del excedente) y *democrático* (en tanto modo de gobernabilidad).

No es trivial que el "sustantivo" de la fórmula sea el capitalismo y lo "social" y "democrático" su adjetivación. Como modo de organización social, el capitalismo presupone la vigencia de reglas y condiciones que, por una parte, viabilicen su funcionamiento "técnico" y, por otra, impidan su eventual desestabilización. Las primeras se relacionan con la creación de un "orden" que, inscripto en múltiples facetas de la interacción social, generen un contexto propicio a la actividad económica propia de un sistema capitalista. Las segundas se vinculan con la adopción de políticas y la puesta en marcha de programas de acción orientados a paliar los costos sociales que se originan cuando el capitalismo, librado a su propia dinámica, agrava las condiciones de precarización y vulnerabilidad de extensos sectores pauperizados, generando no sólo situaciones de inequidad, sino también potenciales focos de violencia y explosión social.

Por eso, el papel del Estado abarca esos tres planos, ya que no existe progreso económico duradero sin orden, ni orden estable sin mínima equidad social La agenda del Estado nacional se constituyó, históricamente, al compás de sus intentos por resolver los problemas sociales suscitados en torno a estas tres grandes cuestiones. La acción estatal se concentró, primero, en la resolución de las múltiples manifestaciones de des-orden que acompañaron el Proceso de Organización Nacional, incluyendo las derivadas de los enfrentamientos armados, la inseguridad jurídica, la precariedad administrativa, la irregularidad de las finanzas y muchas otras. Poco a poco estas funciones fueron desplazadas en importancia por las tareas de creación de la infraestructura física que facilitó el gran despegue económico del país; la promoción de la inmigración y la capacitación

[2] Para un tratamiento más detallado de este tema, véase OSZLAK, Oscar. "Estado y sociedad: ¿Nuevas reglas de juego?", en *Reforma y Democracia*, nro. 9, CLAD. 1997.

de la fuerza de trabajo, que generaron los recursos humanos incorporados a la actividad productiva; o la modernización de la gestión fiscal y financiera, que procuró los recursos que permitieron acelerar el tiempo histórico del progreso argentino. Con el crecimiento económico se agudizaron las tensiones sociales, al advertirse que el "costo del progreso" recaía fundamentalmente sobre los sectores populares cuya dimensión crecía al ritmo de sus expectativas frustradas de mejoramiento económico y ascenso social [3]. La agenda del Estado comenzó entonces a engrosarse con diferentes manifestaciones de lo que dio en llamarse "la cuestión social" o, en términos más actuales, "la equidad distributiva".

De este modo, el Estado se fue transfigurando. Fue gendarme, represor y organizador en el plano de sus funciones estrictamente ordenadoras; empresario, subsidiador y promotor en el plano del desarrollo; benefactor, empleador y protector de derechos en el plano de la equidad social. La compleja convivencia de estos roles se prolongó durante la mayor parte del siglo XX y, en la mayoría de las experiencias de la región, acabó configurando un aparato burocrático pesado e inmanejable.

Saltearé en este análisis los factores que convergieron en la deslegitimación del Estado, luego de profundas crisis (precio del petróleo, *default* de la deuda externa, agravamiento del riesgo-país), del auge del neoliberalismo, del "Consenso de Washington" y de cómo todo ello influyó en los procesos de reforma del Estado, tanto en el plano ideológico como en el de la acción. Lo cierto es que desde fines de los ochenta y durante toda la década del noventa, la mayoría de los países del mundo se embarcó en programas de reforma más o menos ambiciosos, cuyo rasgo principal fue la reducción del aparato estatal a través de políticas de desregulación, descentralización, privatización, tercerización y achicamiento de las dotaciones de personal. El Banco Mundial las englobó en la común denominación de "reformas de primera generación", previendo que una segunda generación de reformas acometería la tarea pendiente de mejorar el aparato institucional remanente. Analizaré este proceso con referencia a la experiencia argentina.

III. El Estado "mínimo"

Durante la administración Menem, el Estado Nacional renunció a continuar desempeñando el papel de prestador directo de bienes y servicios. Con excepción de la enseñanza superior, se desprendió de todos los demás servicios educativos, que transfirió a las provincias junto con los de salud. Entregó a la empresa privada la concesión de casi todos los servicios públicos. Eliminó un gran número de organismos y unidades estatales a cargo de funciones reguladoras de la actividad económica. Y devolvió al mercado laboral (así como a la inactividad privada) a unos 125.000 empleados públicos, incentivados por generosos retiros

[3] Oszlak, Oscar, *La formación del Estado Argentino*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1982. Nueva edición en Planeta, 1997.

voluntarios y jubilaciones anticipadas. De este modo, redujo su personal a una fracción del que empleaba a fines de los años ochenta, al punto que cuando transfiera la Policía Federal al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, su dotación total descenderá a unos 200.000 empleados (sin contar el de las Universidades Nacionales), cifra que guarda escasa relación con el casi millón de funcionarios que poblaba el aparato estatal a fines de los años ochenta.

Continuaron a su cargo las funciones de defensa, seguridad, relaciones exteriores, justicia, hacienda y finanzas, así como un ramillete de otros servicios (v. gr., de investigación, de seguridad social, de obras públicas, culturales, bancarios, registrales) brindados por lo general a través de organismos descentralizados [4]. También incorporó nuevas funciones reguladoras, a cargo de la defensa de la competencia, el control de los servicios públicos privatizados, la lucha contra la corrupción o la supervisión de la idoneidad de los jueces, muchas de las cuales respondieron a necesidades creadas por el propio proceso de transferencia de funciones enmarcadas en la primera generación de reformas.

Queda pendiente el interrogante de si estos cambios permitieron minimizar el Estado Nacional, es decir, reducir su intervención a las funciones básicas que postula la doctrina de la subsidiariedad. La respuesta no es simple. Ocurre que las referencias al tamaño del Estado argentino, variable a la que generalmente se asocia con su grado de intervención social, pueden sumirnos en la esquizofrenia. Es que según la forma en que lo midamos, las conclusiones pueden resultar altamente contradictorias. Si observamos su dotación, como hiciera algunos párrafos más arriba, hoy tenemos en el orden nacional un aparato estatal que no alcanza a tener la dimensión del existente en 1945. Si observamos su estructura, continúa siendo un Estado denso en unidades organizativas, aunque su número tiende a reducirse. Pero si el objeto de observación es la cuantía del gasto público, tenemos hoy un Estado Nacional superior en un 32% al de comienzos de la década de 1990. ¿Es posible conciliar estas diferentes visiones?

Una respuesta positiva exigiría cambiar la perspectiva de observación, porque el Estado al que nos estamos refiriendo ya no es más lo que solía ser. Estamos en presencia de un fenómeno nuevo que, como tal, exige una conceptualización diferente. El Estado, ciertamente, ha sufrido una profunda metamorfosis en su rol frente a la sociedad, en su organización interna, en el perfil de su dotación y en la composición de su presupuesto. Pero además, está experimentando transformaciones fundamentales en sus vinculaciones fiscales, funcionales y de poder

[4] De hecho, existen actualmente unos 70 organismos descentralizados que ocupan la mayor parte de la administración civil del estado nacional (alrededor de 50.000 funcionarios, sin considerar personal de universidades nacionales, bancos públicos ni empresas públicas residuales). Mencionemos, de paso, que las fuerzas armadas, las de seguridad y el personal civil de las FF.AA. representan, hoy, alrededor de 140.000 personas, constituyendo el subconjunto más importante de la dotación del Estado Nacional. En cambio, la administración central ha visto reducida su dotación a unos 25.000 funcionarios.

con las instancias estatales subnacionales, con el mercado, con las organizaciones sociales y con actores del contexto internacional, que ayudan a explicar con mayor propiedad la aparente paradoja de un aparato estatal súbitamente empequeñecido pero mucho más gastador.

Hasta no hace mucho, cuando nos referíamos al Estado, aludíamos exclusivamente al Estado Nacional. Las referencias al nivel subnacional se condensaban en los términos "gobernación" o "municipalidad", entidades a las que no se asignaba una "estatidad" equivalente. Hoy, en cambio, no sólo el atributo estatal ha sido extendido a estas otras instancias, sino que ya no es posible imaginar al estado como un conjunto de compartimientos estancos territorialmente delimitados.

Planteemos, si no, algunas preguntas un tanto deshilvanadas, que el ciudadano medio probablemente tendría dificultades en responder: ¿A quién cabe hoy la responsabilidad de impartir educación en la Argentina? ¿De qué fuentes obtienen los gobiernos provinciales sus recursos? ¿A qué se debe la existencia de consejos federales en casi todas las áreas de la gestión pública? ¿Por qué es el gobierno nacional el que ha financiado, con recursos externos, el fortalecimiento de municipios y no los gobiernos provinciales o los propios municipios? ¿Qué roles cumplen actualmente las instancias nacional, provincial y municipal en la implementación de programas focalizados de acción social? ¿Y las organizaciones de la sociedad civil?

Como adelantara en la introducción, he acuñado el término "estado transversal" para intentar una explicación comprehensiva de estas diversas manifestaciones que muestra la organización y funcionamiento del Estado. El concepto alude a una forma estatal que atraviesa las diversas instancias o niveles jurisdiccionales (nacional, territorial y local) y establece entre los mismos nuevas reglas de interacción en los planos de la distribución del poder, la división de responsabilidades funcionales y el financiamiento de la gestión pública, creando así un sistema de vasos comunicantes, abarcativo y continuo. Veamos algunas características de este fenómeno.

IV. El Estado ha muerto; ¡viva el Estado!

La primera oleada de reformas produjo un fuerte impacto sobre la composición del Estado Nacional, al punto de transformarlo en uno de los aparatos más pequeños del mundo, en relación con su población, PBI y otros indicadores. Más allá del peso cuantitativo de este impacto, deseo destacar un fenómeno menos analizado: el nuevo esquema de división del trabajo establecido entre el Estado Nacional, los estados subnacionales, el mercado y la sociedad en su conjunto. Si limitamos el análisis al empleo público, es evidente que los retiros de personal (voluntarios o no), la tercerización de funciones y la privatización de empresas públicas, produjeron importantes consecuencias sobre el mercado de trabajo en

el sector privado [5]. Pero aún más relevante fue el impacto sobre el empleo público en las provincias y municipios, que vieron acrecentadas sus dotaciones tanto por las transferencias desde la Nación, de personal de salud, educación y otros servicios, como por factores endógenos que impulsaron un fuerte crecimiento del empleo en estas jurisdicciones durante la década del noventa.

En realidad, lo ocurrido en el período aceleró simplemente una tendencia en la composición del empleo estatal que se venía produciendo desde por lo menos mediados del siglo XX. Alrededor de 1950, el gobierno nacional contaba con 3,04 empleados por cada 100 habitantes, mientras que en las provincias el índice correspondiente era de apenas 1,25 empleados por cada 100 habitantes. Cuando se transfiera el personal policial a Buenos Aires, el empleo público provincial será alrededor de ocho veces superior al nacional.

Junto con estas transformaciones en el tamaño del Estado, en las funciones a su cargo y en la composición de las dotaciones de personal, se produjo otro fenómeno que ha pasado bastante inadvertido para los analistas de la reforma estatal: la virtual desaparición de la presencia del Estado Nacional en el ámbito subnacional. En 1977, un 68,03% de los empleados públicos nacionales se desempeñaba en las distintas provincias argentinas, lo cual constituía una formidable fuente de empleo para sus poblaciones. En algunas de ellas, su número superaba al del propio personal provincial. En la actualidad, sólo quedan en territorio provincial efectivos de las fuerzas armadas, personal de las universidades nacionales, empleados de la Administración Federal de Ingresos Públicos, el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria y pequeñas dotaciones de algunos otros organismos nacionales.

Con motivo de la descentralización, los gobiernos provinciales debieron hacerse cargo de nuevas responsabilidades y administrar un aparato institucional mucho más denso y extendido, sin haber adquirido las capacidades de gestión requeridas, lo cual se tradujo en altos grados de ineficiencia en el cumplimiento de los programas de gobierno. La crisis económica de las provincias en el campo productivo, unida a los magros ingresos tributarios obtenidos de fuentes locales, incrementaron la dependencia de estos estados subnacionales de la coparticipación impositiva, las transferencias y adelantos del gobierno nacional y un creciente endeudamiento avalado generalmente por la Nación.

Como conclusión de este análisis, puede afirmarse que en los últimos diez años se produjo una "fuga" de empleo público del estado nacional hacia los estados subnacionales. Las provincias y municipios se han constituido en fuertes empleadores, forzados por las transferencias unilaterales de gestiones desde la jurisdicción nacional, por las crisis de sus economías y por la continuada vigen-

[5] Cabe tener en cuenta que, luego de la privatización y transferencia a los nuevos concesionarios del personal de las ex empresas públicas, se produjo un proceso de "racionalización" de las dotaciones en las empresas privatizadas que representó la pérdida de unos 100.000 puestos de trabajo. Es decir, de los aproximadamente 250.000 transferidos, la dotación total de esas empresas se estabilizó en unos 150.000 luego de la reconversión.

cia del nepotismo político. Considerar que se está en presencia de un "Estado mínimo" por el hecho de que el gobierno nacional se ha desprendido de dotación y funciones es negar, simultáneamente, la estatidad de los estados subnacionales.

Argentina se asemeja hoy mucho más a países federales avanzados, como Estados Unidos o Canadá, donde las burocracias estaduales son abultadas, aun cuando las provincias argentinas no hayan alcanzado niveles semejantes de autonomía fiscal y operativa. En este sentido, debe subrayarse su alto grado de dependencia del Tesoro Nacional y del endeudamiento interno y externo, fuentes ambas en las que el Estado nacional sigue jugando un papel primordial pese a su aparente "extinción".

V. El Estado gastador

El volumen y composición del gasto público a lo largo del tiempo proporciona otro ángulo de observación sumamente importante para evaluar los cambios operados en el Estado nacional durante la década del noventa, sobre todo para poner a prueba la hipótesis de una presunta minimización de su envergadura y grado de intervención social.

En 1990, el gasto público consolidado [6] (en valores constantes de 1997) sumaba 61.949 millones de dólares. En 1999, ascendía a 97.595 millones, registrando un crecimiento del 57,5% en el período. Este simple dato, contrastado con la envergadura de las reformas orientadas a contraer su aparato institucional, parecería indicar que, lejos de extinguirse, el Estado ha crecido visiblemente. Pero ¿cuál Estado? Primero, el Estado consolidado en sus tres niveles jurisdiccionales. Pero también, tomado singularmente, el Estado Nacional. Si efectuamos la misma comparación para esta jurisdicción, observaremos que entre el nivel de gasto de 1990 (siempre en millones de 1997), que alcanzó a 38.755 millones, y el de 1999, en que representó un total de 51.074 millones, el crecimiento neto del gasto en el Estado Nacional fue del 31,8% (IAEF, 2000). Esto significa que el ritmo de crecimiento en este último nivel fue menor que en el nivel subnacional, pero si se toma en cuenta el destino del gasto, esta conclusión se relativiza.

En efecto, la participación de los recursos de origen nacional en los presupuestos de los estados subnacionales alcanzó en 1999 al 62%. Esto significa que el Estado Nacional ha creado, a través de los mecanismos de la coparticipación federal de impuestos y de adelantos del Tesoro no reembolsables, una fuerte dependencia de provincias y municipios de los fondos canalizados a través del erario nacional [7]. Pero, además, la presión tributaria neta que ejerce el Estado

[6] Incluye a los tres niveles de gobierno (nacional, provincial y municipal).

[7] De acuerdo con el Anuario Estadístico del INDEC 1999, las transferencias de recursos nacionales a las provincias ascendieron, de 14.161 millones de pesos en 1996, a 16.497 en 1998 (2.336 millones más).

Nacional, en términos de su relación con el PBI, ha crecido notablemente, hecho que, a su vez, adquiere mayor importancia si se tiene en cuenta el importante aumento del PBI durante la década de 1990 (más del 40%). Para el año 1989, la presión tributaria total neta ha sido estimada en un 16,64%, mientras que los datos provisorios para 1998 arrojan una cifra del 21,20%. Si bien estos valores son significativamente más bajos que los habituales en países centrales (aun sumando la presión tributaria que ejercen los estados subnacionales), un incremento del 27,5%, luego de nueve años de vigencia de una orientación netamente reduccionista del aparato estatal, contraría la simplista visión que iguala menos personal y organismos a Estado mínimo.

Desde el lado de la composición de los egresos, según el objeto del gasto, las cifras son muy reveladoras. El análisis del gasto nos proporciona importantes elementos de juicio para apreciar el papel y la función de producción del Estado. Al respecto, conviene separar dos grandes categorías de partidas: por una parte, las destinadas a cubrir gastos en personal, bienes y servicios no personales, inversiones y trabajos públicos; por otra, las asignadas a transferencias y servicios de la deuda. En el primer caso, se considera la forma en que el Estado configura lo que he denominado en otros trabajos su función de producción, es decir, la combinación de recursos humanos, financieros y materiales requerida para producir los bienes, regulaciones y servicios que justifican la existencia y reproducción de su aparato institucional. En el segundo caso, el análisis se centra más bien en el volumen y distribución de recursos estatales transferidos a terceros para su afectación a diferentes objetivos, los que habitualmente son clasificados como transferencias y servicios de la deuda. Es el caso de subsidios, reintegros, aportes, contribuciones para cubrir el déficit de la seguridad social, adelantos no reembolsables a gobiernos subnacionales, compromisos de inversión en procesos de privatización de empresas y servicios públicos, etcétera.

Cuadro 1

Presupuesto Nacional 1999 - Distribución por objeto del gasto

	Millones de pesos	*Porcentaje %*
Gasto en personal	6.858,2	13,91
Bienes de Consumo	615,2	1,25
Servicios No Personales	1.736,0	3,52
Bienes de Uso	1.038,8	2,11
Transferencias	31.213,2	63,31
Activos Financieros	68,6	0,14
Serv. Deuda y disminución de otros Pasivos	7.769,3	15,76
Total	**49.299,4**	**100,00**

Fuente: Resumen Presupuesto Nacional 1999.

Es interesante destacar que, antes del *default*, el Estado Nacional pagaba más intereses de la deuda que salarios públicos. En 1999, por cada peso destinado a sueldos de la Administración Pública Nacional, abonó 1,15 pesos por intereses de la deuda. Antes de ese año, la relación era inversa, pero se modificó tras el estancamiento de las remuneraciones durante la década del noventa, al tiempo que la deuda crecía irrefrenablemente. En 2000, su magnitud equivalía al 52% del "tamaño" de la economía nacional, medida por su PBI. Y en el año 2000, debido al recorte en los sueldos de la Administración Nacional y al encarecimiento de la deuda, la relación salarios/intereses alcanzó a 1,30 pesos de pago a los acreedores por cada peso abonado al empleado público.

VI. El Estado transversal (o la reencarnación del Estado Nacional)

La minimización del Estado ha terminado siendo, en parte, la continuación del Estado por otros medios. Esto es particularmente visible en el caso de la descentralización de funciones hacia el nivel subnacional, ya que el personal de educación y salud, que ahora depende de los gobiernos provinciales, continúa desarrollando su actividad básicamente en los mismos establecimientos y con rutinas similares a la época anterior al traspaso jurisdiccional. De cualquier manera, este tipo de constataciones se limitaría a poner de manifiesto un epifenómeno que oculta procesos más profundos y relevantes.

En efecto, hasta 1989, la distribución de competencias de gestión pública entre el Estado Nacional y los estados subnacionales recortaba, más o menos nítidamente, esferas de actuación mucho más autónomas que en la actualidad. De hecho, el funcionamiento del Estado Nacional se caracterizaba por una elevada desconcentración, que hasta fines de la década de 1980 se expresaba en la ya comentada fuerte presencia de instituciones y funcionarios federales en el orden provincial. Administraciones de puertos, ferrocarriles, escuelas, hospitales, oficinas de recaudación, sistemas de elevación de granos, servicios de sanidad agropecuarios, delegaciones de empresas públicas, entre muchos otros organismos, cubrían un extenso mapa institucional que tenía escasa superposición con la burocracia provincial.

Las administraciones provinciales eran relativamente reducidas y la gestión estatal en ese ámbito se limitaba a la recaudación de impuestos de su jurisdicción, al mantenimiento de catastros, a la ejecución de obras públicas y a ciertas prestaciones sociales de alcance más bien limitado. Tanto en términos de empleo público como de ejecución presupuestaria, los alcances de la intervención estatal en los órdenes nacional y provincial tenían magnitudes significativamente diferentes.

Más limitado aún era el rol de los gobiernos municipales, cuyos presupuestos cubrían, esencialmente, el mantenimiento de vías secundarias, la recolección

de residuos, la habilitación y control de comercios e industrias o ciertos servicios sociales básicos (postas médicas, apoyo a autoconstructores, bibliotecas, etc.).

A partir de los años noventa, la situación descripta se modificó drásticamente. Las políticas adoptadas durante esa década dieron nuevo impulso a un proceso de descentralización que había tenido manifestaciones incipientes durante los gobiernos militares previos a la etapa de redemocratización iniciada en los ochenta. La transferencia total de servicios de salud y educación, primero, y la descentralización parcial de servicios de acción social, vialidad y otros, más tarde, implicaron simultáneamente la reducción del aparato estatal nacional y la correspondiente expansión de las administraciones provinciales y, hasta cierto punto, municipales.

Si bien estas transformaciones fueron cuantitativamente importantes, quiero destacar, sin embargo, otros cambios que a mi juicio fueron todavía más significativos. Me refiero al nuevo esquema de distribución de responsabilidades resultante del proceso de descentralización. Creo innecesario recordar que este proceso jamás se desarrolla en términos de una oposición polar centralización / descentralización. Toda transferencia de responsabilidades de gestión implica por lo general la retención y, sobre todo, el fortalecimiento de capacidades centralizadas de formulación de políticas, planificación, información, evaluación y control de gestión por parte de la instancia estatal que decide dicha transferencia. Así como esto se verifica en la relación nación/provincias, también puede advertirse en el vínculo provincias/municipios.

Esto significa que si el Estado Nacional se despoja de sus funciones ejecutoras de producción de bienes o prestación de servicios, debe asumir en el mismo acto otras funciones cualitativamente distintas, que suponen asimismo modalidades diferentes de relación con los niveles subnacionales. En este sentido, cabría observar al Estado como un sistema de vasos comunicantes que relaciona de manera diferente sus distintos niveles jurisdiccionales, y no como el sistema de gestión exclusiva al que parecía responder la división del trabajo entre nación y provincias/municipios hasta comienzos de la última década.

Con esto no pretendo aducir que el Estado Nacional argentino ya dispone de las nuevas capacidades requeridas para desempeñar su nuevo papel sino, simplemente, que hacia esa dirección parecen/deberían apuntar los esfuerzos que se vienen realizando en materia de reforma del Estado. En particular, las acciones que apuntan a la responsabilización, a la celebración de acuerdos de gestión por resultados, al fortalecimiento de organismos de auditoría interna, de coordinación interjurisdiccional y de información.

Esta reinterpretación del papel del Estado Nacional —que pretendo caracterizar con el calificativo *transversal*— pone el énfasis en el hecho de que la división del trabajo entre los diferentes sectores de la sociedad ha pasado a ser cualitativa y cuantitativamente distinta a la del pasado reciente. Si bien el sector privado, el sector público no estatal y los niveles subnacionales de gobierno se

han hecho cargo de funciones *ejecutoras* que antes eran propias del Estado Nacional, este último no se ha despojado de toda responsabilidad dado el carácter *público* de los bienes y servicios entregados a esas otras manos. Pero no ha conseguido asumirla plenamente. Probablemente, el recurso a que ha echado mano para, al menos, mantener algún grado de supervisión sobre la ejecución descentralizada de las políticas estatales ha sido, como intentaré mostrar, el control de la "caja".

VII. El Estado cajero

Por cierto, el Estado Nacional no cuenta aún con plena capacidad para asumir los roles de orientación política, planificación, coordinación, información, seguimiento, evaluación y control de gestión, que deberían haber reemplazado a su tradicional papel ejecutor. Dispone, en cambio, de un poderoso mecanismo subrogante: la "llave de la caja". Dicho de otro modo, se ha convertido en un *Estado cajero*, que concentra y asigna gran parte de los recursos del gobierno general, ejercerciendo de hecho un cierto poder de veto sobre el destino de esos recursos y cumpliendo, de este modo, un papel de orientación y control no necesariamente fundado en los criterios de racionalidad técnica que deberían informar el desempeño de tales funciones.

Este nuevo rol, que se fue consolidando durante la última década, dejando atrás la etapa en que la asignación específica de recursos constituía una modalidad habitual de la ejecución presupuestaria [8], tuvo fuerte impacto sobre el financiamiento público, tanto a nivel de las instituciones del gobierno nacional como en las relaciones de éste con los gobiernos subnacionales. En el primer caso, ello se manifestó en un alto grado de discrecionalidad en la asignación de los recursos, sin considerar los derechos que jurídica o presupuestariamente asistieran a los organismos de jurisdicción nacional [9].

Pero este esquema también tendió a debilitar las capacidades de imposición locales y a someter excesivamente los presupuestos públicos a los avatares

[8] Cabe aclarar que la referencia a la práctica de asignación específica de recursos se refiere a la que el gobierno nacional utilizaba en su vinculación con organismos descentralizados y autónomos de su propia jurisdicción. Subsiste, en cambio, esta forma de asignación en el manejo de las transferencias.

[9] Al respecto, Cetrángolo y Giménez señalan que "la concentración de la recaudación en impuestos, que según la ley vigente son coparticipables con las provincias, ha desatado una puja por el destino de esos fondos y motivó la búsqueda de mecanismos para eludir la legislación. Pese a que la recaudación del IVA y Ganancias registró un incremento del 152% entre 1991 y 1995, las transferencias por coparticipación se mantuvieron constantes; en consecuencia, la participación de los recursos efectivamente coparticipados en el total nacional (sin Seguridad Social) cayó del 65% al 54% entre esos mismos años. En cambio, los recursos de asignación específica crecieron un 122% en moneda constante" ("El conflicto en torno a las relaciones financieras entre la Nación y las provincias". Segunda Parte: desde la ley 23.548 hasta la actualidad, CECE, Serie de Estudios, nro. 10, Buenos Aires).

de la recaudación y el endeudamiento público [10]. Además, el crecimiento de la deuda pública en todos los niveles y los recurrentes déficit fiscales generaron fuertes condicionamientos de los organismos multilaterales con respecto al destino de los recursos de esa fuente. De esta forma, esos organismos (el FMI y el Banco Mundial, principalmente) pasaron a tener una injerencia directa en la fijacion de orientaciones políticas en las diferentes áreas de la gestión estatal, asumiendo el Estado Nacional un papel intermediador que le permite canalizar los recursos y hacer respetar las instrucciones de la burocracia multilateral sobre cómo gastarlos.

En este análisis del Estado cajero no pueden dejar de mencionarse los importantes cambios sufridos en la composición del gasto. Así como en el pasado ésta daba fuerte preeminencia a las erogaciones en personal o, como ocurriera en los años sesenta, durante el período desarrollista, a la inversión pública, estas partidas pasaron a un lejano segundo plano: entre las transferencias y los servicios de la deuda se afectaba hasta hace poco casi el 80% del gasto nacional. Sin embargo, el Estado Nacional sigue financiando indirectamente esos gastos a través de la ejecución presupuestaria de los gobiernos subnacionales. Se ha convertido así en cajero y banquero de estos niveles del Estado. Sostiene sus pesadas burocracias, se ha hecho cargo de sus cajas de jubilaciones y cubre sus déficit operativos como parte de su gestión cotidiana. Podrá aducirse que este esquema es propio del federalismo fiscal que acompaña todo proceso de descentralización, pero lo cierto es que lo que debe alentar un sano federalismo fiscal es la independencia y control de las fuentes de recursos por parte de los nuevos prestadores locales.

El esquema que se ha establecido se corresponde, más bien, con la concentración de poder económico y fiscal que ha caracterizado la Reforma del Estado de los años noventa. En parte, la capacidad de controlar la asignación de los recursos se convirtió en un precioso mecanismo de negociación política, que permitió al gobierno nacional atar el financiamiento público a acuerdos de transferencia de fondos basados en contraprestaciones, favores políticos, búsquedas de alianzas y aceptación de compromisos. Si bien no puedo extenderme sobre este punto, dejo planteada como hipótesis que esta formidable capacidad de movilización de recursos por parte del Estado Nacional tuvo mucho que ver con los avatares de la política argentina durante la década, con la falta de transparencia de la gestión pública, con el nuevo hábito de gobernar por decreto y con la suerte misma del proceso de reforma estatal.

[10] A comienzos del siglo pasado existía una clara estructura de correspondencia fiscal, ya que la Nación sólo financiaba 5 centavos de cada peso que se gastaba en las provincias. Pero esa relación se fue modificando. Actualmente, la Nación deriva a las provincias unos 25.000 millones de dólares al año por concepto de coparticipación federal. Esto significa que las provincias sólo recaudan una mínima parte de los 36.000 millones que gastan anualmente, lo cual implica que, en promedio, sólo recaudan 38 centavos por cada peso que gastan. Los otros 62 los aporta la Nación (*Clarín*, 2/7/2000).

de la recaudación y el endeudamiento público [10]. Además, el crecimiento de la deuda pública en todos los niveles y los recurrentes déficit fiscales generaron fuertes condicionamientos de los organismos multilaterales con respecto al destino de los recursos de esa fuente. De esta forma, esos organismos (el FMI y el Banco Mundial, principalmente) pasaron a tener una injerencia directa en la fijacion de orientaciones políticas en las diferentes áreas de la gestión estatal, asumiendo el Estado Nacional un papel intermediador que le permite canalizar los recursos y hacer respetar las instrucciones de la burocracia multilateral sobre cómo gastarlos.

En este análisis del Estado cajero no pueden dejar de mencionarse los importantes cambios sufridos en la composición del gasto. Así como en el pasado ésta daba fuerte preeminencia a las erogaciones en personal o, como ocurriera en los años sesenta, durante el período desarrollista, a la inversión pública, estas partidas pasaron a un lejano segundo plano: entre las transferencias y los servicios de la deuda se afectaba hasta hace poco casi el 80% del gasto nacional. Sin embargo, el Estado Nacional sigue financiando indirectamente esos gastos a través de la ejecución presupuestaria de los gobiernos subnacionales. Se ha convertido así en cajero y banquero de estos niveles del Estado. Sostiene sus pesadas burocracias, se ha hecho cargo de sus cajas de jubilaciones y cubre sus déficit operativos como parte de su gestión cotidiana. Podrá aducirse que este esquema es propio del federalismo fiscal que acompaña todo proceso de descentralización, pero lo cierto es que lo que debe alentar un sano federalismo fiscal es la independencia y control de las fuentes de recursos por parte de los nuevos prestadores locales.

El esquema que se ha establecido se corresponde, más bien, con la concentración de poder económico y fiscal que ha caracterizado la Reforma del Estado de los años noventa. En parte, la capacidad de controlar la asignación de los recursos se convirtió en un precioso mecanismo de negociación política, que permitió al gobierno nacional atar el financiamiento público a acuerdos de transferencia de fondos basados en contraprestaciones, favores políticos, búsquedas de alianzas y aceptación de compromisos. Si bien no puedo extenderme sobre este punto, dejo planteada como hipótesis que esta formidable capacidad de movilización de recursos por parte del Estado Nacional tuvo mucho que ver con los avatares de la política argentina durante la década, con la falta de transparencia de la gestión pública, con el nuevo hábito de gobernar por decreto y con la suerte misma del proceso de reforma estatal.

[10] A comienzos del siglo pasado existía una clara estructura de correspondencia fiscal, ya que la Nación sólo financiaba 5 centavos de cada peso que se gastaba en las provincias. Pero esa relación se fue modificando. Actualmente, la Nación deriva a las provincias unos 25.000 millones de dólares al año por concepto de coparticipación federal. Esto significa que las provincias sólo recaudan una mínima parte de los 36.000 millones que gastan anualmente, lo cual implica que, en promedio, sólo recaudan 38 centavos por cada peso que gastan. Los otros 62 los aporta la Nación (*Clarín*, 2/7/2000).

VIII. Reflexiones finales

La gestión pública es ejecución, pero es también planificación y control. Corresponde ahora al Estado Nacional asumir más plenamente las tareas de dirección y orientación general del proceso de reproducción social, en consonancia con el proyecto político que sostiene el actual elenco gubernamental. Y corresponde a esta misma instancia asumir, con mayor responsabilidad que en el pasado, las tareas de seguimiento, evaluación y control de gestión, especialmente cuando son otros los actores responsables de la ejecución cotidiana de las políticas estatales. En otras palabras, el Estado Nacional debe ahora articular los tres tiempos de la política: el futuro (orientar, planificar, conducir hacia una visión de país deseable); el presente (producir a diario los bienes y servicios que demanda la ciudadanía y que, en general, ya no están a su cargo); y el pasado (juzgar la ejecución de los planes y la producción de los resultados propios de la gestión, sancionando su incumplimiento).

En mi opinión, la mayor parte de las áreas de gobierno está tratando de definir aún estos nuevos roles. El desprendimiento, por parte del Estado Nacional, de muchas de sus áreas de competencia, se llevó a cabo sin que estuvieran claras las reglas que debían gobernar sus vinculaciones con las nuevas instancias ejecutoras. A diferencia de lo que ocurrió en el caso de los servicios privatizados, donde al menos se hizo un esfuerzo por establecer marcos regulatorios, no existe nada semejante en la relación nación-provincias que pueda servir como cartabón para definir sus vínculos jerárquicos, funcionales y fiscales.

Durante mucho tiempo, el análisis de las relaciones intergubernamentales se limitó al aspecto fiscal, siguiendo en tal sentido una vieja tradición académica ampliamente difundida en los Estados Unidos. Los otros dos planos (el jerárquico y el funcional) sólo cobraron importancia a raíz de las transferencias de competencias desde el nivel nacional al subnacional. Tal vez resulte ilustrativa, al respecto, la experiencia de muchos países europeos que en años recientes han atravesado situaciones semejantes.

En efecto, la renovada corriente descentralizadora que se instaló en Europa a partir de la década del ochenta, extendió la preocupación fiscal (*quién paga qué*) a otros terrenos. Por una parte, al de la división de responsabilidades entre diferentes jurisdicciones (*quién se ocupa de qué*); por otra, al de la distribución del poder para decidir (*quién decide qué*). De esta forma, quedaron replanteados los tres pactos constitutivos de la relación Estado-sociedad: el pacto de dominación o de gobernabilidad (quién decide); el pacto funcional (quién se ocupa) y el pacto fiscal (quién paga). No es casual que cada uno de estos "pactos" aluda, a su vez, a alguna de las tres cuestiones centrales que dan contenido a la agenda del Estado: la gobernabilidad, el desarrollo y la equidad. Se reiteran así los interrogantes iniciales, aunque esta vez referidos a los vínculos interjurisdiccionales: ¿Cómo resuelve el esquema de gobernabilidad establecido el problema del poder

decisorio de cada nivel de gobierno en el marco de la democracia? ¿Cómo resuelve el esquema de desarrollo establecido el problema de la división social del trabajo entre niveles de gobierno? ¿Cómo resuelve el esquema de equidad establecido el problema de la contribución material relativa de cada nivel de gobierno a la reproducción del orden social vigente?

El Informe de la OECD, 1997, sobre *Managing Across Levels of Government* advierte sobre las tendencias emergentes en esta materia, a partir del análisis de las experiencias recientes que tuvieron lugar en sus países miembros. Estas tendencias fueron claramente expuestas un año antes por Alice Rivlin, en el primer simposio ministerial organizado por la OECD sobre el futuro de los servicios públicos:

"Los acontecimientos están forzando, a la vez que permitiendo, cambios en la estructura y fronteras del gobierno. Ha existido un largo debate sobre el tamaño del gobierno, así como si se debe centralizar o descentralizar... Ahora debemos estar dispuestos a movernos en ambas direcciones: descentralizar ciertas funciones a la vez que centralizar otras responsabilidades críticas en la formulación de políticas. Tales cambios están en marcha en todos los países".

La respuesta actual al desafío de materializar esos cambios en nuestros países parece ser un Estado *transversal*, que articule los tiempos y el ciclo de las políticas públicas, asegurando la orientación global y la especificidad local de esas políticas, y teniendo en cuenta la naturaleza de los actores y niveles intervinientes.

Para conseguirlo, el afianzamiento de la capacidad institucional de los aparatos estatales nacional y subnacionales, planteado en las estrategias de reforma de "segunda generación", parece ser una condición indispensable. Pocos han sido, sin embargo, los cambios producidos en este plano, que implican pasar de una filosofía basada en el logro de un "menor Estado" hacia otra fundada en un "mejor Estado".

En la Argentina, así como en muchos otros países de la región, se ha intentado introducir transformaciones que prefiero denominar "hacia dentro" del Estado, las que más que desprendimientos institucionales basados en consideraciones económico-financieras o jurídicas, suponen cambios culturales y tecnológicos en los que dichos criterios constituyen aspectos secundarios de la decisión política. Incluyo, entre otros, a reales reorganizaciones (especialmente cambios en la función de producción del Estado); efectivas readecuaciones (*rightsizing*) de las dotaciones de personal; desburocratización de normas y procesos de gestión; introducción de TIC a partir de serias evaluaciones de los déficit existentes; profesionalización de los servidores públicos según criterios avanzados de la gestión de recursos humanos; contratos por resultados entre principales y agentes o formas idóneas e institucionalizadas de participación ciudadana en la formación de las políticas y la evaluación de la gestión.

En el caso argentino, los resultados de estos intentos poco sistemáticos y casi siempre esporádicos fueron sumamente magros, particularmente como con-

secuencia de la extrema inestabilidad política del país y la falta de legitimidad de sus sucesivos gobiernos. Aunque se mantiene una muy limitada actividad de reforma, en virtud de la propia inercia de programas encarados en el pasado, no se advierte todavía, por parte del nuevo gobierno, una clara manifestación de intencionalidad política en la formulación de un plan estratégico en esta área.

Tarde o temprano, sin embargo, el gobierno del presidente Kirchner se verá obligado a reintroducir la reforma estatal entre las cuestiones más críticas de su agenda, porque más allá de la difícil coyuntura actual, el Estado Nacional, y su transversalización con los niveles subnacionales, constituirán un instrumento fundamental para avanzar en la superación de las tensiones que hoy impiden alcanzar en la Argentina un modelo de organización social fundado en un capitalismo social y democrático.

IX. Bibliografía

Bresser Pereira, Luis C., "Looking for a 'middle way' in the developing world", mimeo, 2000.

Centrángolo, Oscar - Giménez, Juan P., "El conflicto en torno a las relaciones financieras entre la Nación y las provincias". Segunda Parte: desde la ley 23.548 hasta la actualidad, CECE. Serie de Estudios nro. 10, Buenos Aires, 1996.

Grupo Sophia y otros, "Mapa del Estado Argentino", Buenos Aires, 2000.

IAEF Instituto Argentino de Ejecutivos de Finanzas, "Reducción del Gasto Público, una estrategia de ahorro", Buenos Aires, 2000.

INDEC Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Anuario Estadístico de la República Argentina 1998/1999*, 1999.

OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development), "Managing Across Levels of Government", 1997, *http://www.oecd.org/puma.*

Oszlak, Oscar, *La formación del Estado argentino*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1982. Nueva edición: Planeta, 1997.

— "Estado y Sociedad: ¿Nuevas reglas de juego?", en *Reforma y Democracia* nro. 9, CLAD, 1997.

DOCUMENTOS

LA PLENITUD DEL ORDEN JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN*[1]

por NORBERTO BOBBIO

Cossio es un filósofo del derecho con el cual es posible entenderse. Tiene nuestras mismas preocupaciones y entre ellas, principalmente, la de no hacer de la filosofía del derecho el uso de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones. Aun sabiendo que una cosa es la filosofía del derecho y otra es la ciencia jurídica, y que los juristas esperan inútilmente que de la filosofía provenga la solución a sus problemas, que son exclusivamente científicos (ver Apéndice, "Sobre las relaciones entre la filosofía del derecho y las ciencias jurídicas", ps. 181-123), Cossio está convencido de que nuestra disciplina debe aproximarse a la vida concreta del derecho, si quiere vencer la batalla contra la indiferencia y la hostilidad de los juristas.

Ya la elección del tema, o sea, *la plenitud del orden jurídico y la interpretación*, es reveladora, y más significativo aún es el punto de partida de su ensayo, ocasionado no por una polémica erudita o una cuestión doctrinal, sino que se trata, nada menos, de un artículo del Proyecto del Código Civil argentino, es decir, el art. 7, que corresponde al art. 3 de nuestras "Pre-leyes" **. Todo el libro está

* Publicado con el título original "Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione" en la *Rivista Internazionale di Filosofía del Diritto*, fascículo IV-V, julio-octubre 1939, ps. 266-270. Traducido del italiano al castellano por Pablo Eiroa, Università degli Studi di Camerino.

[1] COSSIO, Carlos, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Losada, Buenos Aires, 1939, p. 220.

** N. del T.: Con el término "Pre-leyes" el autor se refiere a las "Disposiciones sobre la ley en general" o "Disposiciones preliminares al Código Civil italiano", que preceden al Libro I de tal cuerpo legal y resultan más conocidas, precisamente, como "Pre-leyes" (*Preleggi*). El art. 3 de tales "Pre-leyes" del Código Civil italiano de 1865, al que Bobbio alude en el texto, establecía que en presencia de un caso dudoso, no previsto expresamente en la ley, el juez deberá decidir según los principios generales del derecho, por ello el autor habla de correspondencia con el art. 7 del Proyecto de Código Civil argentino. La mencionada norma italiana, tiene su origen más remoto en el art. 7 del Código Civil austríaco de 1811 ("...siendo el caso todavía dudoso, deberá decidirse según los principios del derecho natural"), en el cual se inspiraría luego la norma del art. 15 del Código albertino de 1838 ("...siendo el caso todavía dudoso, deberá decidirse según los principios generales del derecho"), inmediato predecesor del Código de 1865. La norma del art. 3 de las "Pre-Leyes" de este último, en efecto, permaneció sustancialmente inmutada respecto a aquélla del art. 15 del Código precedente. El Có-

basado en la discusión de este artículo y la materia del desarrollo obtiene del mismo su ordenación sistemática. El motivo inicial y final es la propuesta de un nuevo artículo que sustituya el del proyecto, mientras que el discurso se desenvuelve en los tres capítulos principales como análisis de los tres puntos fundamentales de las divergencias de Cossio, que comprenden problemas de altísimo interés especulativo y práctico.

La crítica, ante todo, se refiere a la primera parte del artículo, en la cual se establece que "los jueces no se abstendrán de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Cossio la considera inútil y la elimina de su proyecto. La inutilidad de esta proposición deriva de su evidencia lógica: en efecto, debido a que emitir la sentencia pertenece a la esencia misma del juzgar, la conducta del juez en cuanto juez se desprende de la misma estructura lógica del ordenamiento y es, por lo tanto, ajena a la voluntad del legislador. La voluntad del legislador no tiene ninguna relevancia sobre lo que es una derivación lógica de una premisa y, en consecuencia, resulta banal y sin efecto alguno hacer referencia a aquélla cuando no se trata de establecer algo, sino de deducirlo racionalmente.

El fundamento de la necesidad de juzgar en la que se encuentra el juez es la plenitud del orden jurídico. Cossio observa justamente que dicha plenitud es actualmente una afirmación común, pero generalmente dogmática, sostenida con argumentos prácticos que resultan ser inadecuados o, incluso, con argumentos teóricos insuficientes, en modo tal que conserva siempre el carácter de postulado no demostrado.

Para una demostración correcta, en cambio, son necesarias tres consideraciones sucesivas: la primera, sobre el carácter apriorístico de la norma general —la norma general exclusiva, según la cual es permitido todo lo que no es prohibido, no deriva de las normas positivas, como lo pretende Donati, sino que es una consecuencia lógica del concepto mismo de derecho—; la segunda, sobre el carácter apriorístico de la estructura totalitaria de las normas jurídicas; y la tercera, sobre el carácter complementario que tiene la función judicial respecto a esta estructura. La norma que al juez ordena juzgar es un enunciado lógico que se introduce en el sistema lógico del derecho y es válido por ese mismo carácter, y no porque sea puesto por el legislador. Por lo tanto, dado que el juez juzga por

---

digo Civil actualmente vigente en Italia, que data de 1942, encuentra en el art. 12 de sus disposiciones preliminares la norma que sustituyó a la del art. 3 ya referido, cambiando la expresión "principios generales del derecho", por "principios generales del ordenamiento jurídico". Es importante señalar, por último, que las Disposiciones preliminares o generales sobre la ley o, en fin, las Pre-leyes del Código actual, fueron aprobadas, junto con el libro I del mismo instrumento legal, en diciembre de 1938, es decir, casi cuatro años antes de la aprobación del texto completo del Código, motivo por el cual ha sido posible para el autor hacer alusión a la reforma mencionada en el desarrollo de este trabajo, concluido en 1939.

el solo hecho de ser juez, independientemente de la voluntad del legislador, la enunciación de una proposición como la que indica el proyecto deviene superflua.

Eliminada la primera parte del artículo del proyecto, es necesario corregir la segunda de manera que resulte correspondiente a las exigencias de una técnica conceptual más avanzada y a la evolución de los estudios jurídicos más recientes. Cuando se presentan lagunas, concurren dos soluciones: o la limitación o la extensión. Este último es el sistema que comúnmente, en la actualidad, es adoptado por las legislaciones civiles y solamente de frente al mismo se puede hablar de verdaderas lagunas. Según Cossio, la actividad interpretativa del juez es una actividad creadora de derecho, porque, si bien no crea normas generales, crea normas individuales que no existían antes de la sentencia. Sin embargo, para crear tales normas el juez debe buscar en el ordenamiento una norma general de la cual éstas puedan desprenderse. Pero, ¿cómo deberá proceder el juez a los efectos de esta búsqueda? No existe más que una vía y es la vía de la ciencia, la cual excluye tanto la autoridad dogmática de la ley de las citaciones como la intuición irracional del juez Magnaud. Por ello, Cossio considera que en el art. 7 debe ser dicho, en modo explícito, que "los jueces determinarán *científicamente* la norma jurídica aplicable, desprendiéndola de normas análogas, etc.", lo cual excluye, además, la determinación de un método particular de interpretación, que sería imposible dado el valor exclusivamente histórico de los métodos. Es ésta la primera modificación. Otra se refiere a la fórmula de los "principios generales del derecho", que resulta sustituida por la siguiente: "la idea de justicia, en cuanto pueda constituir los juicios de valor de la conciencia nacional". En verdad, la excesiva abundancia de esta expresión no me parece del todo oportuna y ni siquiera es justificada satisfactoriamente por el autor; es cierto que la fórmula tradicional es vaga, pero no puede dejar de ser vaga una fórmula que responde a su función solamente si es amplísima y encuentra su razón de ser en su generalidad. Complicar la fórmula, tal como, por otro lado, ha sido complicada en el nuevo Código Civil italiano, no quiere decir ni determinarla ni aclararla, sobre todo cuando a fin de hacerla más compleja se utilizan expresiones no determinadas ni claras como "idea de justicia", "conciencia nacional" o, entre nosotros, "ordenamiento jurídico del Estado". Obsérvese también que respecto a la importancia generalmente atribuida a este último momento del proceso interpretativo, sobre todo respecto a su magnitud práctica real, debería realizarse un discurso ulterior que, sin embargo, no se puede desarrollar aquí.

En cambio, la cuestión de la analogía merece una breve referencia, respecto de la cual Cossio adopta una posición abiertamente polémica frente a la tesis expuesta por mí en un libro reciente sobre el argumento. Conduciendo a la analogía hacia el razonamiento lógico por analogía, había encontrado el fundamento de la validez de tal procedimiento interpretativo en su misma estructura lógica, considerándolo no como un razonamiento de probabilidad, sino como un razona-

miento de certeza, distinguiendo de esa manera la analogía falsa de la verdadera analogía, lo cual, dadas las frecuentes confusiones, no era tan obvio, como parece creer Cossio. En efecto, Cossio sostiene que en la analogía jurídica, el razonamiento lógico sea precedido por un juicio de valor, del cual sólo el legislador pueda ser el sujeto y que, por lo tanto, la validez de la analogía no se encuentre en su fuerza lógica, sino simplemente en la voluntad del legislador, el cual ha considerado, aunque era libre de no hacerlo, que a casos similares debía atribuirse la misma disposición. Mi solución presentaba una utilidad inmediata, es decir, dar cuenta del hecho de que la analogía fuese acogida aun en los ordenamientos en los cuales era expresamente no reconocida. Aceptando la tesis de Cossio, se cae nuevamente en explicaciones fatigantes, como lo son aquellas que él mismo debe elaborar para demostrar que la analogía se impone a través de la costumbre incluso en los ordenamientos en los cuales la costumbre no vale como fuente del derecho. Sin embargo, aun prescindiendo de las consecuencias prácticas, me parece claro que respecto al problema teorético estructural la tesis de Cossio es defectuosa, dado que termina confundiendo al *prius* con el *posterius*. El juicio de valor implícito en la analogía jurídica no es el fundamento del razonamiento, sino que, por el contrario, está fundado en la posibilidad del razonamiento, es decir que nosotros damos un valor de justicia a la relación de analogía porque es *una relación lógica de igualdad. El legislador será absolutamente libre para negar la analogía* (tal como el legislador liberal lo ha hecho en el Código Penal), pero nadie le impedirá que cometa una injusticia pretendiendo un tratamiento distinto para dos casos que tengan *eadem ratio*. Por lo tanto, no es verdad que se aplique la analogía porque es justa, pero sí es verdad que la analogía es justa porque está fundada en la razón. La analogía no es razonable, y entonces aceptable, porque es justa, sino que es justa porque es razonable. No es el legislador el que pone la analogía, sino que es la analogía que se impone al legislador. Si su valor se fundase sólo en la voluntad del legislador, podría ser un valor ficticio.

La función del filósofo del derecho es la de indagar sobre la voluntad del legislador y evidenciar su legitimidad: todo el problema del derecho natural, que es el problema por excelencia de la filosofía del derecho, es un problema de legitimación del derecho positivo. Y si el fundamento de la analogía es la igualdad de los términos que hace posible un razonamiento lógico, ¿por qué deberíamos decir que el fundamento es la voluntad del legislador que aparece después y no la igualdad que se encuentra antes? Y si la igualdad quiere decir justicia, diciendo que la analogía responde a una exigencia racional, ¿no estaríamos diciendo también que la analogía responde a una exigencia de justicia? ¿Será quizá que la analogía puede decirse justa independientemente de su racionalidad? ¿Será quizá que aceptar o no aceptar la analogía es una cuestión de pura oportunidad? Y si la analogía es justa en cuanto responde a una exigencia racional, ¿por qué no deberíamos fijar la mirada en esa racionalidad para poner en evidencia sus caracteres y sus consecuencias?

En suma, no veo cómo sea posible distinguir la analogía jurídica de la analogía lógica, ya que se trata de lo mismo. Si no damos a la justicia un contenido racional y no hacemos que a ella corresponda una exigencia de racionalidad, la justicia deviene un acto de voluntad arbitraria. Es cierto que el problema de la analogía es un problema de valor, al igual que todo problema jurídico, pero este valor es intrínseco a su estructura.

Por otro lado, tengo la impresión de que nuestro opositor, constreñido por la dificultad de tener que admitir la analogía también allí donde no es deseada, termine por acercarse a nuestra tesis. En efecto, cuando afirma que "la justicia de la igualdad vale no porque la costumbre le dé valor, sino porque satisface ciertas exigencias de la razón" (p. 144) y también que "el valor de la analogía jurídica es de carácter racional, no consuetudinario" (p. 145), ¿qué es lo que resulta tan distinto de aquello que hemos sostenido nosotros?

En consecuencia, ¿nuestras tesis son opuestas, tal como cree Cossio, o son, en cambio y en realidad, muy similares e interdependientes? Me hago esta pregunta porque habiendo sostenido al principio que Cossio es un autor con el cual es posible entenderse en el ámbito de la orientación general de nuestros estudios, me gustaría que esta misma comprensión pudiera tener su inicio partiendo de algunos puntos específicos que aparentemente nos dividen.

LA PARTICIPACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES EN LA EDICIÓN 2004 DE LA "PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL LAW MOOT COURT COMPETITION"

por Alejando Turyn (entrenador), Lucas Barreiros, Mariana Chernizky, Cecilia Naddeo y Luciana Ricart

Introducción

Las memorias que se transcriben a continuación de este proemio son aquellas que fueran presentadas por el equipo representativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la edición 2004 de la *"Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition"*.

Éstas han sido galardonadas con el *Premio Hardy C. Dillard* a la *Segunda Mejor Pareja de Memoriales Escritos, de 529 presentadas por universidades de más de ochenta países.*

El equipo de la Facultad de Derecho —*que también alcanzó la 15ª posición en las Rondas Orales Internacionales*— estuvo integrado en esta edición por los alumnos *Lucas Emiliano Barreiros, Mariana Paula Chernizky, Cecilia Cristina Naddeo y Luciana Teresa Ricart, y fue dirigido por el abogado Alejandro Turyn.*

Es de destacar la gran importancia que este logro implica, tanto para la Facultad como para los miembros del equipo, cuya tarea comenzó por agosto de 2003, luego de una ardua selección interna. Desde ese momento el equipo investigó y analizó cuantiosos libros, fallos, comentarios y todo material que se pudiese encontrar relacionado con el derecho internacional general y particular aplicable al caso.

Largas horas de debate y redacción transcurrieron desde ese momento hasta mediados de enero, que es cuando los memoriales deben enviarse a Washington DC (EE.UU.) para ser analizados y evaluados por numerosos y prestigiosos miembros de la entidad organizadora del concurso, así como por profesores de diversas instituciones educativas de todo el mundo invitados especialmente a tal efecto. Vale aclarar que las memorias deben seguir un estricto formato inspirado en el mismísimo reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

Luego comienza la etapa de debate oral, en donde los argumentos deben mejorarse y "estilizarse" para ser presentados formalmente ante el tribunal. En

un primer momento deben sortearse las rondas nacionales, dado que sólo una de cada diez universidades inscriptas puede participar por cada país. En este caso, nuestra Facultad de Derecho venció irrefutablemente a sus adversarios de turno, y como es casi tradición, se clasificó para las rondas internacionales que fueron celebradas en la ciudad capital de los Estados Unidos de América.

Una vez allí, el equipo consiguió sendos triunfos ante difíciles rivales (dado que es una instancia donde compiten entre sí los campeones de cada Estado) y pasó a las etapas finales donde, por fallo dividido, culminó su exitosa participación.

Dada la seriedad, magnitud y trascendencia de esta competencia, sumada a los prestigiosos antecedentes académicos y profesionales de los que ofician de jueces, hacen que sea la más importante en su especie, y, por lo tanto, aumenta aún más el valor de los logros conseguidos.

Historia de la Competencia

La Competencia *Jessup* fue creada en la primavera de 1959 por un grupo de estudiantes de derecho pertenecientes a las Universidades de Harvard, Columbia y Virginia, en el marco de la reunión anual de la American Society of International Law, en Washington DC. Alentados por sus profesores y motivados por los desarrollos relativos a la descolonización, la exploración del espacio y la Guerra Fría, aquellos estudiantes comenzaron a organizar diversas actividades cooperativas a fin de promover la enseñanza del derecho internacional en sus facultades. Entre estas actividades se encontraba un Simulacro de Derecho Internacional, en el cual los estudiantes debían presentar ante la Corte Internacional de Justicia, tanto en forma oral como escrita, alegatos relativos a casos hipotéticos que involucraban diversas cuestiones de derecho internacional.

Originalmente denominada como "Simulacro de Derecho Internacional", la Competencia *Jessup* se llevó a cabo por primera vez en la Universidad de Harvard el 8 de mayo de 1960. En esa oportunidad sólo participaron dos equipos, ambos pertenecientes a la Escuela de Derecho de la mencionada y afamada Universidad. El primer caso se denominó "El Caso de la Reforma Agraria Cubana" y fue diseñado por el Profesor Asistente Stephen M. Schwebel, quien años más tarde se convertiría en Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Desde entonces, la Competencia *Jessup* ha crecido en forma dramática. Este año la Competencia involucró a 529 facultades provenientes de 81 países, haciendo de la misma no sólo la mayor de su historia, sino también la más grande competencia de simulación de alegatos del mundo.

ALEJANDRO TURYN

La traducción del resumen del caso y las memorias, cuyo texto original obra en idioma inglés, fue realizada por los integrantes y el entrenador del equipo *Jessup* antes mencionados.

El Caso Hipotético de la Edición 2004 y las memorias del equipo de la UBA

El caso hipotético de la edición 2004 versa sobre una disputa entre dos Estados en torno a la legalidad o ilegalidad de la entrega de dos individuos a la Corte Penal Internacional. A continuación, y por su vasta extensión, se transcribirán sólo las partes pertinentes del caso imaginario.

Cabe aclarar que el contenido de éste se presenta como un acuerdo especial (*special agreement* o *compromis*) en los términos del artículo 40.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia entre los dos Estados ficticios que forman parte del litigio. Las notas al pie hacen referencia a los párrafos de dicho *compromis*.

"Acuerdo Especial entre el Reino de Arkam y el Estado de Randolfia para ser sometido a la Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo existente entre ambos relativo a la Corte Penal Internacional"

1. [...] Randolfia, Arkam, y Leng son todos países en desarrollo, cada uno con una población de alrededor un millón de habitantes. Los tres Estados son limítrofes entre sí.

2. La población de Arkam y Leng está compuesta casi en su totalidad por dos grupos étnicos: los arkamianos y los lengianos, los cuales poseen una marcada diferencia de fisonomía. En Arkam, los arkamianos constituyen casi el 90% de la población, mientras que en Leng, los lengianos son poco más del 90% de la población. En ninguno de los países ha habido nunca un número significativo de matrimonios entre ambos grupos étnicos y las relaciones entre ambos han sido tensas por siglos, destacándose episodios periódicos de conflictos armados. Randolfia acoge a una población multiétnica en su territorio, con aproximadamente igual número de lengianos y arkamianos.

3. [...] Las relaciones entre Arkam y Leng han sido siempre distantes, realizándose poco intercambio comercial o cultural entre ambos Estados, a pesar de ser países limítrofes.

4. [...] En Randolfia, el partido lengiano está actualmente a cargo del gobierno. Randolfia es un gran socio comercial tanto de Arkam como de Leng, constituyendo el comercio anual con Arkam aproximadamente un 40% del comercio exterior total de Randolfia.

5. En enero de 2003, un conflicto armado transfronterizo se desató entre las etnias lengiana y arkamiana, localizándose el mismo en una región ubicada en la zona fronteriza de Leng y Arkam y en su interior. Las Naciones Unidas se movilizaron inmediatamente para intentar sofocar la lucha en ambos países a través de la convocatoria a una conferencia internacional de paz en Cimmeria, la capital de Randolfia, a la cual los gobiernos de Arkam y Leng enviaron sus delegaciones.

6. El conflicto étnico en Arkam finalizó el 14 de febrero de 2003, luego de que los líderes de ambos grupos étnicos en dicho país consintieron un acuerdo de paz que fuera negociado en Cimmeria por el Secretario General de las Naciones Unidas. Los delegados de la Conferencia de Paz en Cimmeria no pudieron, sin embargo, llegar a un acuerdo para ponerle fin al conflicto en Leng, el cual continuó.

7. Bajo los términos del Acuerdo de Paz de Cimmeria, el gobierno de Arkam estableció una "Comisión por la Verdad" (CPV), siguiendo el modelo de su par de Sudáfrica, excepto que el mandato de la CPV de Arkam no estaba limitado a actos asociados con un objetivo político. Su Estatuto le permitía a la CPV "otorgar una amnistía completa (*full amnesty*) por todos los cargos criminales que hayan sido o que fueran iniciados, basados en cualquier acto, incluso actos de violencia cometidos durante o en promoción del conflicto armado entre la etnia arkamiana y lengiana, a cualquier persona que hiciera una plena revelación de aquellos hechos relevantes relacionados a dicho actos". La CPV fue creada formalmente por una válida ley del Parlamento de Arkam el 1° de marzo de 2003, y comenzó a operar el 5 de abril de 2003. En sus primeros cuatro meses, la CPV le concedió la amnistía a 11 individuos, y ha sido referida por numerosas organizaciones de derechos humanos internacionales (en una frase comúnmente usada) como "un ejemplo brillante de cómo la verdad y la reconciliación pueden traer paz a una región convulsionada".

8. Entre tanto, en Leng, la lucha continuaba, sobre todo en la provincia de Yuggott, una provincia ubicada al norte, poblada por una mayoría étnica de arkamianos. La lucha estaba alentada por GALA (Gran Milicia de Liberación de Arkam), una organización con miembros tanto en Leng como Arkam, dedicada a la secesión de la provincia de Yuggott de Leng y su unificación con Arkam.

9. El 1° de mayo de 2003, el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional entró en vigor para Leng y Randolfia. Arkam no es parte de dicho Estatuto, al cual su gobierno ha reiteradamente denominado "una incursión ilegal y peligrosa en el concepto de soberanía estatal". A pesar de que Randolfia aprobó legislación de implementación del Estatuto de Roma, no posee normativa interna que criminalice actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por extranjeros (no nacionales de Randolfia) fuera de su territorio.

10. El doctor Herbert West, un ciudadano de Arkam, es profesor de Historia Arkamiana en la Universidad de Miskatonic en Arkam, y su cátedra es reconocida y respetada alrededor del mundo. Es también uno de los líderes de GALA. En abril de 2003, el señor West hizo una grabación de dos minutos en su casa en Arkam, en la cual impulsó a "mis hermanos y hermanas arkamianos a arrancar de Yuggott —una parte integral de nuestra gran patria arkamiana— a sus ocupantes lengianos. Elimínenlos a todos: hombres, mujeres y niños. ¡Elimínenlos a todos! Es la única manera de lograr la unidad de nuestra tierra, con la cual nuestro pueblo ha soñado desde siempre. ¡Elimínenlos a todos!". El señor West entregó la única copia de la grabación a su vecino, quien también era un miembro de GALA, pero no hay ninguna evidencia en el sentido de que haya dado instrucciones específicas sobre qué uso, si alguno, debería dársele al casete.

11. Los miembros de GALA duplicaron la grabación, que fue luego distribuida ampliamente entre los miembros de GALA, tanto en Arkam como en Leng. Entre el 15 y el 25 de mayo de 2003, la grabación fue reproducida repetidas veces en Radio Yuggott, una estación privada de radio controlada por miembros de GALA y que apoyaba los objetivos de GALA en sus transmisiones.

12. A partir del 16 de mayo, bandas del grupo étnico arkamiano comenzaron a realizar una serie de incursiones nocturnas, masacrando al grupo étnico lengiano en varios pueblos de Yuggott. Los diarios locales conjeturaron que las incursiones habían sido inspiradas por West, destacando en particular que muchos de los arkamianos estaban cantando "¡Elimínenlos a todos!", una evidente referencia a la grabación. Para fines del mes de mayo, los muertos constituían casi el 10% de la población lengiana de la provincia, y el número de víctimas lengianas continuó incrementándose en los días que siguieron.

13. el 17 de junio de 2003, el Embajador de Leng ante las Naciones Unidas pidió formalmente que el Consejo de Seguridad autorizara el despliegue de tropas en Yuggott para sofocar las incursiones contra el grupo étnico lengiano. Tres días después, en respuesta al pedido de Leng, el Consejo de Seguridad, actuando explícitamente bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, adoptó la Resolución 2241, autorizando una fuerza multilateral designada como "IFLEN". En el preámbulo de dicha Resolución, el Consejo de Seguridad destacó el ofrecimiento de Randolfia de liderar la organización y el comando de IFLEN, y designó al lugarteniente de Randolfia, el general John Legrasse, como el comandante en Jefe de la fuerza multilateral. De acuerdo con los términos de la Resolución, el mandato de IFLEN era triple: intervenir en la provincia de Yuggott, cerrar Radio Yuggott, y poner fin al derramamiento de sangre. IFLEN incluía tropas de trece países de la región, incluyendo un pequeño contingente de Arkam.

14. Ante la insistencia de uno de los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad, se incluyó en la Resolución, el párrafo Operativo 7, acerca de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Dicho párrafo establecía, en su parte pertinente:

"*Decide* que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado contribuidor que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuidor en relación con todos los presuntos actos u omisiones derivados de IFLEN, o relacionados con ellos, a menos que ese Estado contribuidor haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva".

15. Durante el debate de la Resolución 2241, todos los representantes ante el Consejo de Seguridad expresaron su fuerte apoyo al despliegue de tropas en Yuggott. Sin embargo, varios delegados expresaron su profunda preocupación sobre las disposiciones que limitaban la jurisdicción de la CPI. El representante de un Miembro Permanente declaró: "Creemos que el Párrafo Operativo 7 de la Resolución 2241 no es consistente ni con el Estatuto de Roma ni con el derecho internacional, pero la situación en Yuggott nos obliga a abstenernos de votar en contra de la Resolución". Finalmente, diez Miembros del Consejo de Seguridad votaron a favor de la Resolución 2241, mientras que cinco Estados se abstuvieron.

16. El lugarteniente Joseph Curwen es un ciudadano y residente de Arkam, y es un veterano de varias operaciones de mantenimiento de paz multinacionales y de Naciones Unidas. El 28 de junio de 2003, el día después del arribo de las primeras tropas de IFLEN a Yuggott, francotiradores de GALA atacaron al pelotón de IFLEN que se encontraba bajo el mando de Curwen y que estaba posicionado fuera de la capital de la provincia. El pelotón consistía de personal militar de varios Estados, incluyendo Arkam. Murieron doce soldados y otros cuatro resultaron heridos. Ninguna de las víctimas era nacional de Arkam.

17. El lugarteniente Curwen ordenó inmediatamente a los restantes miembros de su pelotón atacar y destruir Exhamtown, una aldea cerca que, de acuerdo a reportes de inteligencia de IFLEN, era un fortín de GALA. La ciudad no estaba en ese momento defendida por las tropas de GALA, y el 29 de junio de 2003, el pelotón del lugarteniente Curwen asesinó a 200 hombres, mujeres y niños de las etnias lengianas y arkamianas en Exhamtown que estaban desarmados.

18. La así llamada "Masacre de Exhamtown" fue ampliamente publicitada en los medios gráficos y electrónicos en los tres países de la región y alrededor del mundo entero. El 30 de junio, GALA y el gobierno de Leng anunciaron conjuntamente que estaban "horrorizados" por este hecho y consintieron a un cese de fuego monitoreado por la Naciones Unidas, el cual continúa hasta el presente.

19. El comandante de IFLEN, general Legrasse, inmediatamente llamó a retiro al lugarteniente Curwen, y el gobierno de Arkam le ordenó regresar rápidamente a su tierra. Al arribar Curwen a Arkam el 3 de julio, el Comandante en Jefe de la Armada Real de Arkam le ordenó renunciar a su puesto sin beneficios, y le notificó una citación de la CPV, la cual le exigía comparecer ante la Comisión dentro de treinta días. Curwen, entonces un civil, abandonó Arkam raudamente a fin de visitar a miembros de su familia en Randolfia. Este viaje no estaba prohibido bajo los términos de la citación o por la ley de Arkam.

20. El 20 de julio de 2003, la policía civil de Randolfia arrestó a Curwen en Cimmeria por haber atropellado y lastimado a un peatón. Las pruebas de alcoholemia que se le practicaron evidenciaron que había estado conduciendo ebrio.

21. En forma coincidente, el doctor Herbert West también había viajado a Randolfia en julio de 2003, como parte de una campaña de recaudación de fondos para GALA. Pocos días después, el señor West fue arrestado en su hotel por tenencia ilegal de marihuana.

22. Ambos, West y Curwen fueron acusados de ofensas menores en Randolfia, imputados y encarcelados, todo ello consistente con la ley interna de Randolfia y con las normas internacionales aplicables. Sin embargo, el arresto de estos hombres atrajo intensamente la atención de la prensa internacional. El 23 de julio, un periódico altamente respetado y publicado en Cimmeria publicó un editorial alentando al gobierno de Randolfia a enviar a estos dos "criminales de guerra" a la recientemente establecida Corte Penal Internacional. Eliza Tillinghast, Ministra de Justicia de Randolfia, emitió un comunicado de fecha 25 de julio al Secretario de la Corte Penal Internacional, proponiendo entregar a ambos individuos a la custodia del tribunal, y solicitando se indicara "la voluntad de la Corte de ejercer jurisdicción bajo el artículo 13.a. de su Estatuto" para juzgarlos. El comunicado disponía en su parte pertinente:

"Ha llegado al conocimiento de mi gobierno el hecho de que nuestra policía civil posee bajo custodia a dos ciudadanos de Arkam, cada uno de los cuales podría ser culpable de crímenes internacionales cometidos en Leng. El señor Joseph Curwen podría ser culpable de crímenes de guerra cometidos durante sus servicios en IFLEN, mientras que Herbert West podría ser culpable de instigación al genocidio. Sin embargo, bajo las leyes de fondo y procesales de Randolfia, mi Ministerio carece de potestad para perseguir penalmente a cualquiera de estos individuos por dichos crímenes.

"Mi gobierno cree que sería inapropiado repatriar a los señores West y Curwen a Arkam, debido a que la acción del CPV hace muy improbable una genuina persecución penal de cualesquiera de los dos. Mi gobierno tampoco entregará a estos prisioneros a Leng ya que no poseemos un tratado de extradición con dicho Estado y, en todo caso, no creemos que recibirían un juicio equitativo allí.

"Por lo tanto, solicitamos que la Corte ejerza jurisdicción sobre estos dos hombres".

23. Al enterarse del comunicado del Ministerio, el 26 de julio, el Rey de Arkam envió una nota diplomática al Presidente de Randolfia, protestando por el pedido de la Ministra Tillinghast para que la CPI ejerza jurisdicción sobre West y Curwen. La nota indicaba que Arkam no comparecería ante la Cámara de la CPI para atacar la admisibilidad, en virtud de la ampliamente publicitada caracterización de Arkam de la CPI como un tribunal ilegal. La nota concluía: "La Corte Penal Internacional es un ente supranacional que invade impropiamente las

facultades soberanas de los Estados y, como tal, transgrede tanto las garantías inherentes de todos los sistemas civilizados de derecho penal como los derechos humanos de aquellos desafortunados prisioneros de cualquier nacionalidad que sean llevados ante dicho Tribunal".

24. El 29 de julio, el Fiscal de la CPI envió una notificación a Arkam y a todos los Estados parte en el Estatuto de Roma, concluyendo que "existe una base razonable para comenzar una investigación de las acusaciones contenidas en el comunicado enviado por la Ministra Tillinghast, y sobre cualquier otra acusación relativa al conflicto en Leng". En la notificación, el Fiscal identificó expresamente a Arkam, Leng y Randolfia como "Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre los crímenes en cuestión". Ninguno de los tres Estados ha respondido hasta la fecha de este Acuerdo a la notificación del Tribunal.

25. Durante el mes de agosto de 2003, el Fiscal del TPI llevó a cabo dos investigaciones separadas basadas en los pedidos del Ministerio de Justicia de Randolfia, y el Presidente del TPI conformó posteriormente dos Salas de Cuestiones Preliminares para llevar a cabo los procedimientos. Las investigaciones y los procedimientos previos al juicio fueron llevados a cabo de conformidad con las Partes 2 y 5 del Estatuto de Roma.

26. El 1° de septiembre de 2003, el Fiscal de la CPI anunció que se lo acusaba a Joseph Curwen de la comisión de crímenes de guerra en Leng bajo el artículo 8(2) del Estatuto de Roma: sección (a)(i); sección (a)(iv); sección (b)(i); sección (b)(iv); sección (b)(v); y, alternativamente, sección (c)(i) y sección (e)(i). Herbert West fue acusado de instigación al genocidio y tentativa de genocidio en Leng bajo los artículos 6 (a), 25.3 (b), (e) y (f) y 28 del Estatuto de Roma.

27. Una vez confirmada la admisibilidad del caso, el 9 de septiembre de 2003, la Sala de Cuestiones Preliminares emitió órdenes de arresto para los señores West y Curwen de conformidad con los requisitos del artículo 58 del Estatuto.

28. Ese mismo día, el Rey de Arkam envió una nota diplomática al Presidente de Randolfia. Su texto completo reza: "Si su gobierno entrega a cualquiera de nuestros nacionales que actualmente están bajo la custodia de su Ministerio de Justicia a la CPI, Arkam inmediatamente, y sin mayor discusión, llamará a su Embajador, cerrará la frontera común e impondrá un embargo completo sobre todas las importaciones y exportaciones de y hacia Randolfia.

29. Enfrentada a potenciales y devastadoras consecuencias económicas si su gobierno ejecutaba las órdenes de arresto de la CPI, el Primer Ministro de Randolfia ordenó que ambos prisioneros continuaran detenidos en Randolfia mientras los cancilleres de los dos países se embarcaban en negociaciones diplomáticas para resolver esta crisis. En vistas a la hostilidad de Arkam frente a la CPI, Arkam y Randolfia acordaron someter su disputa a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de actuar consistentemente con las conclusiones de la Corte sobre la entrega de los señores Curwen y West. Pendiente la resolución de este

caso por la CIJ. Randolfia ha consentido en no tomar ningún tipo de medidas que impliquen la entrega de cualquiera de los prisioneros a la CPI. Leng se ha rehusado a intervenir en este caso.

30. Randolfia, Arkam y Leng son todos miembros originarios de las Naciones Unidas. Son todos Estados Parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención contra el crimen de Genocidio, de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Randolfia y Arkam poseen un tratado bilateral de extradición. Leng y Randolfia son parte en el Estatuto de Roma. Arkam no ha firmado ni ratificado dicho Estatuto. Los tres Estados no son signatarios o parte de ningún otro tratado relevante para este caso.

31. El demandante, el Reino de Arkam, solicita que la Corte Internacional de Justicia juzgue y declare:

a) Que sería ilegal bajo el derecho internacional que Randolfia entregue a Joseph Curwen a la CPI en virtud de la orden de arresto porque:
   (1) Arkam no renunció a su jurisdicción exclusiva, en virtud de la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad y, por lo tanto, la CPI carece de jurisdicción para juzgarlo; o, en subsidio.
   (2) El ejercicio de jurisdicción de la CPI sobre un nacional de un Estado no parte del Estatuto viola la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y el Derecho Internacional Consuetudinario; o en segundo subsidio.
   (3) Dada la actual investigación de la CPV sobre los actos del señor Curwen descriptos en la orden de arresto, el ejercicio de jurisdicción sobre él violaría el principio de complementariedad.
b) Que sería ilegal bajo el derecho internacional que Randolfia entregue a Herbert West a la CPI en virtud de la orden de arresto porque:
   (1) Ni el señor West ni su supuesta conducta criminal demuestra el nexo necesario con un Estado parte del Estatuto de Roma; o, en subsidio.
   (2) Las acciones del señor West precedieron la fecha en la que el Estatuto de Roma entró en vigor para Leng y Randolfia, y, entonces, prohíben su consideración por la CPI; o, y en segundo subsidio,
   (3) La supuesta conducta del señor West no constituye un crimen dentro de la competencia de la CPI.

32. Randolfia, en tanto, pide a la Corte Internacional de Justicia que determine que la entrega de los señores Curwen y West es consistente con el Derecho Internacional, y se rechace lo solicitado por el Reino de Arkam.

NOTA: Las memorias que obran a continuación fueron originalmente escritas por el equipo de la UBA, en idioma inglés, y de conformidad con las reglas de la competencia. Poseen una extensión de 25 carillas siendo el máximo permitido en formato de hoja tamaño A4.

MEMORIAL POR LA ACTORA

I) LA ENTREGA POR PARTE DE RANDOLFIA DEL SEÑOR JOSEPH CURWEN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, CONFORME AL PEDIDO PARA SU ARRESTO, RESULTARÍA CONTRARIA AL DERECHO INTERNACIONAL.

A) De acuerdo con la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad, la Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción para juzgar a Joseph Curwen en tanto Arkam no ha cedido su jurisdicción exclusiva sobre él.

1) La Corte Internacional de Justicia sólo puede determinar los efectos de la Resolución 2241 sin analizar su legalidad.

En el dominio de la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha sido asignado con la "responsabilidad primordial" [1], una tarea que sería imposible de cumplir si los Estados Miembros de las Naciones Unidas u otras entidades tuvieran la libertad de cuestionar las decisiones del Consejo de Seguridad y negarse a implementarlas [2]. Ni la Carta de las Naciones Unidas ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevén algún tipo de revisión judicial respecto de las decisiones del Consejo de Seguridad [3], especialmente cuando ellas mismas son adoptadas en ejercicio de la discreción política prevista por el Capítulo VII [4], una omisión intencional de la Conferencia de San Francisco [5]. En efecto, la práctica de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) indica que ella no posee la potestad de revisión judicial o de actuar como órgano de apelación respecto de las decisiones del Consejo de Seguridad [6].

[1] Carta de las Naciones Unidas, Artículo 24 (1).

[2] D. Bowett, *The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures*, 5 Eur. J. Int'l. L. 89, 90 (1994).

[3] B. Martenezuk, *The Security Council, the International Court and Judicial Review What Lessons from Lockerbie?*, 10 Eur. J. Int'l. L. 517, 526 (1999); K. Roberts, *Second-Guessing the Security Council: The International Court of Justice and its power of Judicial Review*, 7 Pace Int'l. L. Rev. 281, 286-289 (1999).

[4] W. M. Reisman, *The Constitutional Crisis in the United Nations*, 87 Am. J. Int'l. L. 83, 88 (1993); *Cf.* D. Sarooshi, The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers, 47 (1999).

[5] O. J. Lissitzyn, *International Law and the Advisory Opinion on Namibia*, 11 Colum. J. Transnat'l. L. 50, 51 (1972); E. Zubel, *The Lockerbie Controversy Tension between the International Court of Justice and the Security Council*, 5 Ann. Surv. Int'l. & Comp. L. 259 (1999); Roberts, *supra* nota 3, 289.

[6] Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding SC Resolution 276 (1970), Adv. Op. of June 21 1971, 1971 ICJ Rep. 16, para 89; Case concerning questions of interpretation and application of the

De hecho,

> "en los sistemas legales de los Estados, a menudo existe algún procedimiento para determinar la validez incluso de actos legislativos o gubernamentales, pero no es posible hallar un procedimiento análogo en la estructura de las Naciones Unidas" [7].

Por lo tanto, esta Corte no puede examinar la legalidad de la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad, adoptada de conformidad con el Capítulo VII [8], y, entonces, sólo puede determinar sus efectos para el caso que se le presenta.

a) Los efectos de la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad impiden a la Corte Penal Internacional ejercer su jurisdicción y a Randolfia entregar al señor Curwen a dicho Tribunal

De acuerdo con la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad, la Corte Penal Internacional sólo podría ejercer jurisdicción sobre el señor Curwen, un oficial militar de Arkam durante la campaña de IFLEN [9], si Arkam, como Estado aportante no parte del Estatuto de Roma, hubiera expresamente cedido su jurisdicción exclusiva sobre él [10]. Como resulta claro en el *Compromis*, Arkam no ha hecho tal cosa.

Randolfia se encuentra obligada a cumplir con la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad. De hecho, el cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad debe ser llevado a cabo por los Estados Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte [11]. En el caso presentado ante esta Corte, aquellos Estados deberían, por cualquier medio disponible, evitar que la Corte Penal Internacional ejerza jurisdicción sobre el señor Curwen, en tanto se han comprometido a aceptar y a cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad [12].

1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arb Jamahiriya v. U.K.), Prelim. Objec., 27 February 1998, 1998 ICJ Rep. 9, at 73-74, (President Schwebel, Diss. Op.); *cf.* Bowett, *supra* nota 2, 91.

[7] Certain Expenses of the UN, adv. Op. of July 20 1962, 1962 ICJ Rep. 151, p. 168.

[8] *Compromis* # 13, #14, #15.

[9] *Compromis* # 16.

[10] *Compromis* #14, #30.

[11] Carta de las Naciones Unidas, art 48 (2); P. M. Eisemann, *Artículo 48*, en Jean-Pierre Cot & A. Pellet (eds.), La Charte des Nations Unies 751 (1991); L. Yee, *The International Criminal Court and the Security Council: Artículos 13 (B) and 16*, *en* R. S. Lee, The International Criminal Court, the Making of the Rome Statute 152 (1999).

[12] Carta de las Naciones Unidas, Art. 25.

La Corte Penal Internacional también se encuentra obligada por la decisión del Consejo de Seguridad, en tanto su Estatuto reafirma los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas [13], y el Modelo de Acuerdo de Relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas indica que la CPI reconoce las responsabilidades de los órganos de las Naciones Unidas [14]. En este sentido, el Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que ninguna investigación o enjuiciamiento podrá ser comenzada o continuada durante un período de doce meses si el Consejo de Seguridad ha adoptado una decisión bajo el Capítulo VII requiriendo tal suspensión [15]. Esto refuerza la noción de que, para el Estatuto de Roma, en caso de conflicto entre "una amenaza a la paz y la seguridad" y un "procedimiento", siempre prevalece una respuesta adecuada a la primera [16]. En ese sentido, el Consejo de Seguridad ya ha solicitado a la CPI que no comience ninguna investigación relacionada con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas, estipulando que los Estados Miembros no deben desarrollar ninguna acción inconsistente con tal decisión [17]. De este modo, la Resolución 2241 esencialmente reafirma, en concreto respecto de una operación autorizada por las Naciones Unidas —IFLEN—, la decisión ya adoptada en resoluciones precedentes, como ya lo hizo una vez cuando adoptó la resolución concerniente a la crisis humanitaria en Liberia [18]. En esta línea, la razón de ser detrás de estas decisiones también recae en el esencial principio internacional que estipula que los Estados aportantes conservan la jurisdicción exclusiva respecto de sus tropas [19].

Por lo tanto, sería contrario al derecho internacional que Randolfia entregara al señor Curwen a la CPI, la cual no tiene jurisdicción para juzgarlo, de acuerdo con la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad.

[13] ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, LLM vol. 37 (5), 1998, ps. 1002-1069, Preamble, Paragraph 7 [de aquí en adelante ESTATUTO CPI].

[14] Draft Relationship Agreement Between the Court and the United Nations, Artículo 2 (2), International Criminal Court Assembly of States Parties, ICC-ASP/1/3, p. 245.

[15] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, art. 16; F. Berman, *The Relationship between the International Criminal Court and the Security Council*, in H. VON HEBEL *et alia* (eds), REFLECTIONS ON THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 173 (1999), 174-176; Z. Deen-Racsmány, *The ICC, Peacekeepers and Resolution 1422: Will the Court defer to the Council?*, 49 NETH. INT'L. L. REV., 362—366 (2002).

[16] M. Bergsmo & J. Pejic, *Artículo 16, Deferral of investigation or prosecution*, in O. TRIFFTERER (ed.) Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court § 7 (1999); A. L. Paulus, *Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court*, 14 EUROP. J. INT'L. L. 843, 853-854 (2003).

[17] UN Doc. S/RES/1422 (2002) para. Op. 1; UN Doc. S/RES/1487 (2003) para. Op. 1.

[18] UN Doc. S/RES/1497 (2003) para. Op. 7.

[19] N. QUOC DINH, P. DAILLER & A. PELLET, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 499 (1999).

2) La Resolución 2241 del Consejo de Seguridad prevalece sobre cualquier otra obligación internacional

En el desempeño de su responsabilidad primordial, el Consejo de Seguridad puede omitir la aplicación de otras normas convencionales o consuetudinarias existentes [20]. Ello significa que, en caso de conflicto, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo las Resoluciones del Consejo de Seguridad [21], aún por sobre normas de derecho consuetudinario internacional [22].

Por lo tanto, si esta Corte considerara que la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad se halla en conflicto con otras normas de derecho internacional, debería declarar que la Resolución prevalece por sobre cualquier norma del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3) Como argumento alternativo, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad es consistente con las normas de *ius cogens* y con la Carta de las Naciones Unidas y, por lo tanto, no es *ultra vires*

Aun en el improbable caso de que esta Corte considerara que puede examinar la legalidad de la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad, debería concluir que ella es válida. La resolución no contradice los únicos límites propuestos por la doctrina para la acción del Consejo de Seguridad: normas *ius cogens* o contradicción con la Carta de las Naciones Unidas que tornarían a la Resolución "manifiestamente *ultra vires*" [23]. Es claro que la Resolución no viola ninguna de las normas de *ius cogens* reconocidas, en tanto ninguna de las prohibicio-

[20] J. L. Brierly, The Law of Nations 383 (1963); A. Pellet, *Peut—on et doit-on controler les actions du Conseil de Sécurité?*, en Societé Française pour le Droit International (ed.), Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies 235 (1995); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. May 23, 1969, UN Doc. A/CONF. 39/27 (1969) [de aquí en adelante CVDT], art. 30, Deen-Racsmány, *supra* nota 15, 375.

[21] Carta de las Naciones Unidas, art. 103; CVDT, *supra* nota 20, art. 30; Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya *v.* UK), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of April 14, 1992, 1992 ICJ, Rep. 3, para. 42; Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya *v.* US), 1991 ICJ, para. 124.

[22] A. Pellet, *supra* nota 20, 235-236.

[23] H. Kelsen, The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems; E. Oseike, *The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations*, 77 Am. J. Int'l. L. 239, 249 (1983); G. R. Watson, *Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court*, 34 Harv. Int'l. L. J. 1, 16 (1993).

nes respecto del uso de la fuerza, el genocidio, la discriminación racial, los crímenes de lesa humanidad, la esclavitud y la piratería [24], fueron o serían afectadas por la aplicación de la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad al caso del señor Curwen.

Asimismo, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad no puede ser considerada *ultra vires*, o contraria a las disposiciones relevantes de la Carta, en tanto el Consejo de Seguridad posee amplios poderes discrecionales para determinar si existe o no una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión en un caso específico [25]. Al adoptar la Resolución 2241, el Consejo de Seguridad ha determinado, en legal forma [26], que la inclusión del Párrafo Operativo 7 constituía una condición necesaria, a los efectos de una intervención efectiva [27], para alcanzar el propósito de "detener el derramamiento de sangre" en la provincia de Yuggott [28].

Por lo tanto, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad es válida, acarreando por ello la obligación de no entregar al señor Curwen a la CPI, en tanto éste no tiene jurisdicción sobre el señor Curwen de acuerdo con la Resolución del Consejo de Seguridad.

B) Como segundo argumento, el ejercicio de jurisdicción por la CPI sobre el señor Curwen violaría el derecho internacional convencional y consuetudinario.

1) El artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impide que la CPI ejerza su jurisdicción sobre el señor Curwen

El hecho de que los tratados sólo vinculen a los Estados parte en ellos es un principio indiscutible del derecho internacional [29]. Por lo tanto, ni derechos ni obligaciones pueden ser creados para terceros Estados sin su consentimiento [30],

[24] Damrosch L. F., Henkin, L., Crawford Pugh, R., Schachter, O. & Smit, H., International Law Cases and Materials, 106 & 1140 (2002); Brownlie, Principles of Public International Law 489 (2003).

[25] Carta de las Naciones Unidas, artículo 39; B. Conforti, The Law and Practice of the United Nations 173-174 (1997); G. Cohen, *Artículo 39*, in J. Cot and A. Pellet, *supra* nota 11, 650 D. Sarooshi, *supra* nota 4, 3; *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-T, Appeals Chamber, 2 Oct. 1995.

[26] *Compromis* #13, #14, #15.

[27] B. Conforti, *supra* nota 25, 149.

[28] *Compromis* #13.

[29] CVDT, *supra* nota 20, art. 26, 34; Certain German Interests in Polish Upper Silesia case, 1926 PCIJ, Series A, Nro. 7, 29; North Sea Continental Shelf Cases (FRG v. Den, FRG v. Neh.), 1969 ICJ 3, 25—27, 41, 46; BROWNLIE, *supra* nota 24, at. 13.

[30] CVDT *supra* nota 20, art. 34; Brownlie, *supra* nota 24, 598.

como lo estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT), de la cual tanto Arkam como Randolfia son parte [31].

La entrega propuesta de un nacional de un Estado no parte a la CPI violaría indudablemente este principio [32]. A pesar de que la CPI fue diseñada para tratar casos relativos a la responsabilidad penal individual, al encontrar a una persona que actuó como órgano del Estado, individualmente responsable, la CPI estaría inevitablemente decidiendo sobre la responsabilidad del Estado [33], como otros tribunales penales internacionales ya han hecho previamente [34].

Al desempeñarse como Comandante en Jefe de un contingente de la fuerza IFLEN, el señor Curwen actuó en su capacidad oficial como miembro de las Fuerzas Armadas de Arkam [35]. Cabe destacar que el comando de estos contingentes militares reside enteramente en el Estado aportante, no en la Organización de Naciones Unidas misma [36].

Dado que la decisión de la CPI inexorablemente se referirá a la responsabilidad del Estado, tal decisión violará el derecho internacional al estar ausente el consentimiento de Arkam en someter la resolución de esta disputa a un tercero [37]. De esta forma se estarían incrementando de manera ilegal sus obligaciones internacionales, ya que como todo Estado soberano, Arkam tiene el derecho de decidir cómo encara sus disputas interestatales [38].

[31] *Compromis* #30.

[32] M. Morris, *High Crimes and misconceptions. The ICC and non party states,* in D. Shelton (ed.), International. Crimes, Peace and Human Rights: The role of the ICC, 233-234 (2000); Views and comments of the States in relations with the rome Statute, October, 1998, China. A/C 6/53/SR 9, India A/C6/53/SR 11, United States A/56/53/SR 9; D. J. Scheffer, *The United States and the International Criminal Court,* 93 Am. J. Int'l. L. 12, 18 (1999); *cf.* Guy Roberts, *Assault on Sovereignty: the clear and present danger of the new International Criminal Court*, 17 Am. U. Int'l. L. Rev. 35, 60 (2001).

[33] Morris, *supra* nota 32, 232, 233 G. Hafner, *The Status of Third States before the ICC* in Politi & Nesi (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court 240 (2001); Scheaffer, *supra* nota 32, 20.

[34] *Prosecutor v. Furundzija,* Judgment, Case Nro. IT-95-17/1-T, Dec. 10, 1998, para. 142, 150; *Prosecutor v. Tadic*, Judgment, Case Nro. IT-94-1-T, 7 May 1997, para. 606; O. Triffterer, *Prosecution of States for Crimes of State*, 67 Int'l. Rev. Penal L. 341, 346 (1996); A. Pellet, *Can a State Commit a Crime? Definitely Yes!,* 10 Eur. J. Int'l. L. 425, 433 (1999).

[35] *Compromis* #13.

[36] *Cf.* J. Crawford, The International Law Commission's Articulos on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries 310 (2002); I. Bantekas, S. Nash & M. Mackarel, International. Criminal. Law 43 (2001).

[37] Status of Eastern Carelia, Adv. Op., 1923 PCIJ, Series B, Nro. 5 at 27; *Cf.* Monetary gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. Fr., U. K. and U. S.) 1954 ICJ 19, 32; Case concerning East Timor (Port. V. Austl.), 1995 ICJ 90 (Judgment of June 309; Brownlie, *supra* nota 24, 671; *cf.* D. Alland, Droit International Public, 456, 477 (2000).

[38] F. Mégret, *Epilogue to an endless debate: The international Criminal Court's thir Party Jurisdiction and the Looming Revolution of International Law,* 12 EJIL 247, 250 (2001).

En consecuencia, por las razones antes mencionadas, la entrega propuesta del ciudadano Curwen y el ejercicio de jurisdicción por la CPI constituirían una violación al artículo 34 de la CVDT [39].

2) Bajo el derecho internacional consuetudinario actual, no está permitido el ejercicio de jurisdicción por la CPI sobre nacionales de terceros Estados

a) La delegación de la jurisdicción territorial a un tribunal internacional, sin el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado, no está permitida en derecho internacional

La entrega propuesta del señor Curwen sería también ilegal, ya que el derecho internacional consuetudinario no permite la delegación de la jurisdicción territorial a un tribunal internacional sin que medie el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado [40]. Esta norma se evidencia en la práctica de los tribunales penales internacionales que han sido establecidos hasta el presente [41], donde el consentimiento del Estado de la nacionalidad de los acusados se deriva de su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas o de los instrumentos internacionales del Estado de la nacionalidad del imputado [42].

En consecuencia, ningún precedente aporta prueba alguna de la formación de una regla internacional consuetudinaria que permita a los Estados asociar su propia autoridad jurisdiccional sin tener en cuenta el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado [43].

b) La delegación de la jurisdicción universal del Estado a la CPI no está permitida

Está claro que el artículo 12 del Estatuto de la CPI no incluyó el principio universal como una de las bases para el ejercicio de jurisdicción por parte del

[39] B. Broomhall, International Justice and the International Criminal Court 164 (2003); Views and comments of the States in relation with the rome Statute, *supra* nota 32, 16.

[40] Morris, *supra* nota 32, 255; Scheffer, *supra* nota 32; Roberts, supra nota 32, 61.

[41] Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis and the Charter of the International Military Tribunal annexed thereto, Aug. 8, 1945, 82, UNTS 279; Statute of the ICTR, UN Doc. S/RES/955, (November 8, 1994); Statute of the ICTFY, UN Doc. S/RES/827, (May 25, 193); L. A. Casey, *The case against the International Criminal Court*, 25 Fordham Int'l L. J. 840, 866 (2002).

[42] Ver Instrument of Surrender of the Japanese Government, Sept. 2, 1945, 3 Bevans 1251; *In re* Yammashita, 327 US 4, 13 (1945); Judgment of the International Military Tribunal, Sept. 30, 1946, in R. A. Falk et al., Crimes of War 96 (1971); Morris, *supra* nota 32, 246.

[43] Morris, *supra* nota 32, 233, 234, 252.

tribunal [44]. En rigor de verdad, el derecho internacional consuetudinario que apoya el ejercicio de jurisdicción universal por parte de los Estados no implica que exista delegación de esa jurisdicción universal a una Corte Penal Internacional [45]. De este modo, Randolfia no puede argüir que el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado no es necesario, recurriendo a esta base de jurisdicción que nunca ha sido invocada por un tribunal internacional [46].

En consecuencia, al estar ausente el consentimiento de Arkam, la CPI no tiene jurisdicción, ya que la delegación no está permitida ni bajo la doctrina de la jurisdicción territorial ni bajo la universal.

c) La entrega del señor Curwen violaría la soberanía estatal

El ejercicio de jurisdicción penal sobre sus nacionales es un elemento esencial de la soberanía del Estado [47]. La práctica estatal muestra que los Estados protegen a sus nacionales por medio del establecimiento de su jurisdicción primordial o exclusiva sobre ciertos crímenes [48] o a través de la inclusión en los tratados de extradición [49] o leyes domésticas [50] de una cláusula que estipula la no extradición de sus nacionales. De hecho, tanto la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad como el tratado de extradición entre Arkam y Randolfia tienen

[44] ESTATUTO CPI, supra nota 13, ARTÍCULO 12; S. A. Williams, *Article 12, Preconditions to the exercise of jurisdiction* in O. TRIFFTERER, (ed), *supra* nota 16, 339.

[45] Morris, *supra* nota 32, 248.

[46] M. C. Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, 42 VA. J. INT'L. L. 81, 107-108 (2001).

[47] G. M. Danilenko, *The Statute of the International Criminal Court and Third States*, 21 MICHIGAN JOURNAL OF INT'L L. 445, 448-9 (2000); *cf.* BROWNLIE, *supra* nota 24, 293.

[48] *Inter alia*, Agreement between the parties to the NATO regarding the Status of their Forces, June 19, 1951, 4 UST, 1992; Model Status-of-Forces Agreement for Peace-Keeping Operations, UN Doc. A/45/594 (October 9, 1990); Model Agreement between the UN and the Member States contributing personnel and equipment to the UN Peace-Keeping Operations, UN Doc. A/46/185 (May, 23, 1991).

[49] UNGA, UN Model Treaty on Extradition, UN Doc. A/RES/45/116 (1990), Articulo 4 (a); Council of Europe, European Convention on Extradition, 359 UNTS 273 (1957), Articulo 6 (1)(a) and 2; OAS Convention to Prevent and Punish the Acts of Terrorism Taking the Form of Crimes Against Persons and Related Extortion that Are of International Significance, 27 UST 3949 (1971), Artículo 5.

[50] Código Penal, art. 5 (Luxemburgo); Ley de Extradición del 6 de diciembre, 1957, art. 2 (Suecia); art. 3 Código Penal (Turquía); art. 2 Ley de Extradición del 9 de junio de 1967 (Dinamarca); art. 12, Ley de Extradición del 4 de diciembre de 1967 (Austria); art. 7 Ley Federal (Suiza); art. 7 Ley del 10 de marzo (Francia); art. 12 Ley Nro. 24.767 (Argentina); art. 493 (A) del Código de Procedimiento Penal (Libia).

este propósito de protección [51], el cual también ha sido ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas [52].

De este modo, la entrega del señor Curwen a la CPI también violaría la soberanía de Arkam ya que un nacional suyo estaría sujeto a una jurisdicción a la cual Arkam no consintió.

C) Como tercer argumento, dado que existe una investigación en marcha a cargo de la Comisión por la Verdad del Estado de Arkam sobre los hechos por los cuales se ha acusado al señor Curwen, todo ejercicio de jurisdicción por parte de la CPI lesionaría el principio de complementariedad

El principio de complementariedad ha sido diseñado para resguardar intereses nacionales de los Estados soberanos así como la integridad judicial en el ámbito doméstico [53]. Dado que el ejercicio de la jurisdicción penal constituye una prerrogativa inalienable de los Estado [54], la regla que recepta la complementariedad se ha tornado operativa gracias a la redacción del artículo 17 del Estatuto de Roma [55]. De esta manera, tanto el diseño como el funcionamiento de la Comisión por la Verdad del Reino de Arkam (en adelante, CPV) imponen concluir que, de ejercer su jurisdicción sobre los supuestos hechos cometidos por el señor Curwen, la Corte Penal Internacional lesionaría, de modo flagrante, el principio de complementariedad.

1) Arkam ha seguido los pasos necesarios para decidir acerca de la responsabilidad que cabe imputarle al señor Curwen

Analizar la admisibilidad de un caso ante la CPI importa determinar si el Estado ha "investigado", de manera apropiada, el hecho sustrato de la imputa-

[51] *Compromis* #30, #14; Clarifications #8.

[52] Principles of International Co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, 1973, UNGA Res. 3074 8XVIII9, UN Doc. A/3926, principle 2.

[53] B. S. Brown, *Primacy and Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of national courts and International Criminal Tribunals*, 23 Yale J. Int'l. L. 383, 424 (1998); Report of the ILC on the Work of its 46th Sess., Draft Statute for an ICC, UN GAOR, 49th Sess., Supp. Nro. 10, UN Doc. A/49/10 (1994), Articulo 35; S. Williams, *Article 17, Issues of Admissibility*, in O. Triffeter (ed.), *supra* nota 16, "1m "2.

[54] GA Res. 3074 (XXVIII), *supra* nota 52, Articulo 2; Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN, GAOR, 51st Sess. Supp. Nro. 22, p. 155 UN Doc. A/51/22 (1996); Brown, *supra* nota 53, 424.

[55] O. Solera, *Complementary Jurisdiction & International criminal justice*, 84 IRRC 145, 161 (2002).

ción o si él se encuentra "genuinamente preparado, deseoso y capaz" de llevar adelante un análisis que le permita determinar la responsabilidad que cabe imputarle al señor Curwen [56]. En este caso particular, debe demostrarse la presencia de una intención maliciosa por parte de un Estado, contraria a sus acciones concretas, a fin de dar por probado el propósito del Estado de Arkam de resguardar al señor Curwen de toda acción destinada a corroborar su responsabilidad criminal por los hechos acaecidos en el Estado de Leng [57]. Por el contrario, la acción concreta desplegada por Arkam estuvo dirigida a determinar cuáles serían y cómo se implementarían las sanciones a imponer al señor Curwen, de acuerdo con lo dispuesto en el plano internacional [58]. Con el claro objetivo de controlar las imputaciones formuladas en contra del señor Curwen, el Estado de Arkam urgió a este último, primero, a regresar al territorio de su Estado y, en segundo lugar, lo citó para comparecer ante la CPV iniciando, de este modo, la investigación requerida sobre los hechos objeto de la imputación penal [59].

a) La CPV del Estado de Arkam lleva adelante una investigación genuina, en los términos del Estatuto de Roma

El artículo 17(1)(a) del Estatuto de la CPI demanda iniciar una investigación sin especificar que se trate de una investigación de tipo criminal [60], y, de esta manera, el vocablo "investigación" debe ser interpretado de modo amplio [61]. El principio de complementariedad no exige que se concluya un "enjuiciamiento genuino", tal como el Estado de Randolfia advierte de modo equivocado [62], sino que, antes bien, llevar a buen término una "investigación genuina" será suficiente para obligar a la CPI a declinar su competencia a favor de Arkam.

Más aún, todo avance en el marco del proceso llevado a cabo por una comisión por la verdad ha de ser considerado como una "investigación", a los efectos del artículo 17(1)(a), aun cuando tal investigación concluya en una decisión

[56] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 17; L.. Arbour and M. Bergsmo, *Conspicuous absence of jurisdictional overreach*, in H. VON HEBEL, *et alia* (eds.), *supra* nota 15, 129, 131.

[57] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, Artículo 53; Arbour and Bergsmo, *supra*, nota 56, 131 (1999).

[58] M. P. Scharf, *The case for a permanent international truth commission*, 7 DUKE J. COMP. & INT'L. L. 375, 397 (1997).

[59] *Compromis* #19.

[60] M. P. Scharf, *The amnesty exception to the jurisdiction of the international criminal court*, 32 CORNELL INT'L. L. J. 507, 525 (1999).

[61] D. Robinson, *Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court*, 14 EUR. J. INT'L. L. 481, 501 (2003).

[62] *Compromis* #22.

de *buena fe* —fundada en una base individualizada y sostenida en principios legítimos— en consonancia con el artículo 17(1)(b) [63].

Así, la investigación en proceso, a cargo de la CPV de Arkam, ha de ser considerada como genuina.

b) La CPV del Estado de Arkam tiene la potestad de conceder o denegar una amnistía al señor Curwen

La presencia del vocablo "decisión" en el artículo 17(b) del Estatuto de la CPI, exige que la persecución penal constituya, por lo menos, una opción [64]. En cuanto a la posibilidad de que la CPV otorgue al señor Curwen una amnistía completa, tal como insistiera el Estado de Randolfia [65], dicha presunción es falsa. Dado que la CPV ejerce su *compétence de la compétence* [66], los integrantes de la CPV tienen la facultad de realizar distinciones basadas en las cualidades de las personas que solicitan se les conceda el beneficio de una amnistía [67]. En consecuencia, también es factible que la CPV deniegue la solicitud de una amnistía en perjuicio del requirente [68].

c) El reino de Arkam está dispuesto y puede llevar adelante la investigación iniciada sobre los actos que se alegan cometidos por el señor Curwen

La Corte Penal Internacional no se encuentra habilitada para ejercer su jurisdicción de oficio o *motu proprio*, sin necesidad de corroborar previamente la falla o el carácter inapropiado del sistema de justicia interno [69]. Esta Corte ha de guiarse por las consideraciones expuestas en los artículos 17(2) y 17(3) del Estatuto de Roma; artículos que incluyen el concepto de la *mala fe* [70], es decir, que tienen en cuenta si el Estado en cuestión intentó resguardar a los posibles autores de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma de la acción de la justicia o si dicho Estado incurrió en una demora injustificada; acciones ambas inconsistentes con el esfuerzo genuino que demanda el Estatuto a los Estados de hacer comparecer a los presuntos criminales ante los estrados judiciales.

[63] BROOMHALL, *supra* nota 39, 101.
[64] Robinson, *supra* nota 61, 500 y 501.
[65] *Compromis* #22.
[66] Clarification # 6.
[67] *Ver en general* H. A. Omar, *Truth and reconciliation in South Africa: Accounting for the past*, 4 BUFFALO HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 5 (1998).
[68] P. Hayner, UNSPEAKABLE TRUTHS: CONFRONTING STATE TERROR AND ATROCITY, 29, (2001).
[69] W. A. SCHABAS, AN INTRODUCTION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 67 (2001).
[70] Solera, *supra* nota 55, 166.

En primer lugar, cabe resaltar que la iniciativa del Estado de Arkam fue articulada de modo de ser asimilable a un procedimiento penal [71] y, en consecuencia, tal iniciativa fue diseñada sólo a los efectos de otorgar amnistías que importen el reconocimiento de responsabilidad por parte del señor Curwen en los actos que se alegan éste ha perpetrado [72]. Este alegato se sustenta en el hecho de que la CPV de Arkam, a semejanza del modelo sudafricano, cuenta con la facultad de analizar y determinar el curso de los hechos alegados sobre la base del relato de los propios autores materiales de los crímenes, aunque, tal como lo estipularía un tribunal, a través de parámetros objetivos [73]. Asimismo, la CPV tiene la potestad de obligar a los acusados a comparecer ante sí e imponer, de este modo, sanciones alternativas tales como la publicación de sus nombres junto a los crímenes cometidos o diversos tipos de reparaciones [74]. De esta manera, no es posible asumir, siquiera de manera preventiva, que el Estado de Arkam se niegue a cumplir con los estándares internacionales en materia de responsabilidad por crímenes internacionales.

En segundo lugar, es preciso recordar que inmediatamente después del arribo del señor Curwen al territorio de Arkam e, incluso, cuatro días después de haber perpetrado los crímenes que se le imputan, el día 3 de julio de 2003 [75], la CPV emitió la orden de citación requerida y le ordenó al señor Curwen, en el mismo acto, que compareciera ante los comisionados dentro de los próximos treinta días. Huelga decir que este hecho es un ejemplo claro sobre la prontitud con la que se dio inició a la investigación que aún se encuentra en curso.

Una tercera situación posible, relacionada con las "presiones externas" que sufren los sistemas de justicia internos [76], puede determinar, a su vez, la falta de voluntad por parte de un Estado de responsabilizar a sus nacionales en función de la falta de independencia e imparcialidad de sus órganos de adjudicación de responsabilidad [77]. Sin embargo, ningún indicio de parcialidad o de dependencia puede ser advertido sobre la CPV del Estado de Arkam ni sobre sus comisiona-

[71] *Ver* Robinson, *supra* nota 61, 500 and 501; Scharf, *supra* nota 60, 526; M. H. Arsanjani, *The international criminal court and national amnesty laws*, 93 ASIL Proceedings 65, 66 (1999); S. Landsman, *Alternative Responses to serious human rights abuses: of prosecution and truth commissions*, 59 Law & Contemp. Probls. (1, 88 (1996).

[72] R. Slye, *The legiltimacyof amnesties under international law and general principles of anglo-american law: is a legitimate amnesty possible?*, 43 Va. J. Int'l. L. 173, 254 (2002).

[73] *Compromis* # 7; The National Unity and Reconciliation Act, Act Nro. 34, 1995, Republic of South Africa, Government Gazzette, vol. 361, Nro. 16579 (Cape Town, July 26, 1995), Chapter 3 and Chapter 6.

[74] *Ver* National Unity and Reconciliation Act, Republic of South Africa, artículo 22 (1) y Chapter 5; Robinson, *supra* nota 61, 501 y 502.

[75] *Compromis* #19.

[76] Solera, *supra* nota 55, 166.

[77] Estatuto CPI, *supra* nota 13, artículo 17 (2) ©.

dos [78]. En efecto, dicho órgano fue constituido de conformidad por ambas partes en el conflicto (Arkam y Leng) [79], dotándolo de "poderes plenarios" [80] a fin de garantizar la ausencia de toda influencia política indebida, asegurándose, de este modo, el carácter de imparcial e independiente de la CPV.

En conclusión, la CPV del Estado de Arkam supera con éxito todos los requisitos estipulados en el Estatuto de la CPI. A menos que al señor Curwen se le permita cumplir con la citación referida y presentarse, así, ante la CPV, esta Corte ha de verse impedida de realizar mayores consideraciones sobre el carácter genuino de la investigación iniciada por el Estado de Arkam sobre los actos del señor Curwen.

2) En todo caso, Randolfia no puede alegar que la posible concesión de una amnistía a favor del señor Curwen es inconsistente con el derecho internacional

A pesar de que es factible afirmar la existencia de una incipiente tendencia legal en contra de la concesión de "amnistías no condicionales" [81], no es posible advertir, aún, una práctica consistente que vede la creación de comisiones por la verdad y el otorgamiento de "amnistías condicionales", consecuencia posible de estos órganos de investigación [82]. La comunidad internacional adoptó, con toda claridad, la idea de que las comisiones por la verdad y las amnistías condicionales no imponen un desafío a la exigencia de responsabilizar a los autores de crímenes contra el derecho internacional, dado que estos mecanismos no cercenan, *per se*, la subsiguiente aplicación de normas de derecho penal y la consecuente imposición de sanciones de índole penal [83]. Continuando con este razonamiento, y afirmando que la CPV no invalida diversas formas de responsabilizar a los autores de actos criminales, o aún más, no precluye la posibilidad de obligar al

[78] Clarification #6.

[79] *Compromis* # 6.

[80] Clarification # 6.

[81] L. N. SADAT, UNIVERSAL JURISKICTION, NATIONAL AMNESTIES AND TRUTH COMMISSIONS: RECONCILING THE IRRECONCILABLE, 17 (2003).

[82] Azanian Peoples Organization (AZAPTO) vs. South Africa, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 17&96, July 25, 1996, para. 24; C. Stahn, *Acommodating individual criminal responsibility and national reconciliation: The UN truth commission for East Timor*, 95 AJIL 954 (2001) J. Gavron, *Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court*, 51 ICLQ 91, 106 (2002); *ver en general* HAYNER, *supra* nota 68.

[83] M. H. Morris, *Foreword: Accountability for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, 59 AUT LAW & CONTEMP. PROBS. 1, 3 (1996); Scharf, *supra* nota 60, 522.

señor Curwen a comparecer ante los estrados judiciales del Estado de Arkam, la CPV no vulnera disposición alguna del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como el órgano de supervisión del citado Pacto lo ha expresado con anterioridad [84].

Más aún, el artículo 6(5) del Segundo Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra, suerte de *lex specialis* en este tipo de conflicto, alienta a los Estados a otorgar amnistías [85], consolidando, así, la validez internacional de la eventual amnistía que pueda serle otorgada al señor Curwen.

En este sentido, Randolfia no podrá afirmar que si la CPV decide otorgar una amnistía, ésta será inconsistente con el derecho internacional.

II) LA ENTREGA POR PARTE DE RANDOLFIA DEL SEÑOR HERBERT WEST A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, CONFORME AL PEDIDO PARA SU ARRESTO, RESULTARÍA CONTRARIA AL DERECHO INTERNACIONAL

A) La CPI no tiene jurisdicción sobre el ciudadano West ya que ni él ni sus supuestos actos criminales tienen el nexo necesario con un Estado parte del Estatuto de Roma

Para que la CPI pueda ejercer jurisdicción, ya sea el Estado de la nacionalidad del acusado o el Estado en cuyo territorio la conducta en cuestión ocurrió, deben ser partes del Estatuto [86]. Ninguno de estos requisitos se dan en este caso. En primer lugar, el señor West es un nacional de Arkam, un Estado no parte en el Estatuto de Roma [87]. En consecuencia, la CPI evidentemente no tiene jurisdicción *ratione personae* sobre él. En segundo lugar, no sólo fueron sus propios actos enteramente realizados dentro de las fronteras de Arkam, sino que tampoco puede ser considerado responsable por los actos de otros.

[84] *Ver en general* UN Human Rights Committee, G. I. Dermit Barbato and H. H. Dermit Barbato v. Uruguay, Communication Nro. 84/1981, 27 February 1981; UN Human Rights Comjittee, Rodríguez v. Uruguay, Communication Nro. 322/1988, 19 de July 1994.

[85] F. Domb, *Treatment of War Crimes in Peace Settlements-Prosecution or Amnesty?*, 24 Israel Y.B. Int'l. Hum. Rts. 253, 267 (1994); S. S. Junod, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, 157, 168 (1998) AZAPO Case, supra nota 82, para. 31; Constitutional Conformity of Protocol II, Republic of Colombia, Constitutional Court, Ruling Nro. C-225/95, File Nro. LAT 040 " 42.

[86] Estatuto CPI, *supra* nota 13, art. 12; *Cf.* S. Williams, *Article 12. Preconditions to the exercise of jurisdiction*, in Triffterer (ed.), *supra* nota 16, 339; Broomhall, *supra* nota 39, 81.

[87] *Compromis* # 10, # 30; Clarifications # 10.

1) Los supuestos actos criminales ocurrieron dentro del territorio de un Estado no parte del Estatuto de Roma

Los actos en cuestión no ocurrieron en el territorio de un Estado que haya aceptado la jurisdicción de la CPI, ya que tanto la grabación del casete como su entrega tuvieron lugar en Arkam [88]. La CPI sólo podría tener jurisdicción sobre el señor West si éste pudiera ser penalmente responsable por los actos criminales supuestamente cometidos por los miembros de GALA. Sin embargo, esto no sería posible ya que, como será explicado a continuación, todos los requisitos de la doctrina de la responsabilidad del superior no están presentes en este caso.

a) El señor West no ordenó, propuso o indujo la comisión de crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional y Randolfia podrían sostener que el señor West ha ordenado, propuesto o inducido a su vecino a cometer crímenes sujetos a la jurisdicción de la CPI [89]. Resulta claro que el señor West entregó la única copia del casete a su vecino; sin embargo, no existe evidencia alguna de que él haya dado instrucciones específicas respecto de qué uso, si es que alguno, debía dársele al casete [90].

"Dar una orden implica una relación superior-subordinado", por la cual "la persona en posición de autoridad la utiliza para convencer (o coaccionar) a otro para que cometa un delito" [91]. A este respecto, se desconoce qué posición ocupaba el vecino del señor West en GALA y no hay razón para considerarlo como un subordinado del señor West. Consistentemente, la evidente ausencia de una orden y de una relación superior-subordinado impide a la CPI siquiera sugerir que el señor West podría ser penalmente responsable.

"Proponer" significa, *inter alia*, instruir, requerir o incitar a otra persona para que cometa un crimen, mientras que "inducir" un crimen es toda conducta que cause que otra persona lo cometa [92]. Como se indicara, no existe una sola prueba en el *Compromis* que permita considerar que el señor West propuso o indujo a su vecino la comisión de un crimen.

Consecuentemente, él no puede ser considerado penalmente responsable, conforme al Artículo 25(3)(b) del Estatuto de Roma, de haber ordenado, propuesto

[88] *Compromis* # 10.

[89] ESTATUTO CPI, *supra*, nota 13, ARTÍCULO 25 (3)(b).

[90] *Compromis* # 10.

[91] *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case Nro. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 2 September 1998, para. 483.

[92] K. Ambos, *Article 25, Individual Criminal Responsability*, in O. TRIFFTERER, *supra* nota 16, " 12.

o inducido a su vecino que duplique su casete y lo haga transmitir a través de Radio Yuggott.

b) El señor West no es penalmente responsable por no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir la comisión de crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma prescribe que los jefes militares, los que actúen efectivamente como tales y otros tipos de superiores pueden ser considerados penalmente responsables por los crímenes sujetos a la jurisdicción de la CPI cometidos por sus subordinados [93].

De conformidad con el Estatuto de Roma, así como con el derecho internacional consuetudinario, deben cumplirse tres elementos para que los superiores puedan ser considerados individualmente responsables por los crímenes cometidos por sus subordinados: 1) la existencia de una relación superior-subordinado en la que el superior tiene el mando, la autoridad y el control efectivo sobre sus subordinados [94]; 2) que el jefe militar supiera o hubiera debido saber que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos, o que los otros tipos de superiores supieran o deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o que se proponían cometerlos [95], y 3) que el superior no hubiese adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de esos crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento [96]. No es posible hallar ninguno de estos elementos en la conducta desarrollada por el señor West.

En primer lugar, aun si el señor West es considerado como un líder de GALA, él no poseía el mando ni *de iure* ni *de facto* sobre otros miembros de la

[93] ESTATUTO CPI, *supra*, nota 13, ARTÍCULO 28.

[94] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 28; *Prosecutor v. Delalic et alia*, Judg., Case Nro. IT-96-21-T, Trial Chamber, 16 Nov. 1998, para. 346; *Prosecutor v. Aleksovski*, Judg., IT-95-14/1-T, Trial Chamber, 25 Jun. 1999, para. 69-72, *Prosecutor v. Blaskic*, Judg., Case Nro. IT-95-14-T, Trial Chamber, 3 Mar. 2000, para. 294; I. BANTEKAS, PRINCIPLES OF DIRECT AND SUPERIOR RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, 73 (2002); b. Van Schaack, *Command Responsibility; the anatomy of Proof in Romagoza v. García*, 36 UC DAVIS L. REV. 1213, 1218 (2003).

[95] *Ibid.; Pors. V. C. Kasyishema and O. Rizindana*, Judgment, Case Nro. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 225-228; W. J. Fenrick, *Article 28, Responsibility of Commanders and other Superiors*, in O. TRIFFTERER, supra nota 16 §10, §11, §20 (1999); G. Vetter, *Command Responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court*, 25 YALE J. INT'L. L. 89, 93 (20002).

[96] Id. *supra* 94.

organización, tal como es requerido para determinar la existencia de mando, autoridad o control efectivo sobre ellos [97]. La responsabilidad penal de los superiores yace en la existencia del poder del superior para controlar los actos de sus subordinados y se sigue que existe un límite a partir del cual las personas dejan de poseer el necesario poder de control sobre quienes de hecho cometen los crímenes y, por lo tanto, no pueden ser adecuadamente considerados como "superiores" [98]. Esto es especialmente así en los casos de las personas que infunden un respeto sustancial sobre otras personas, pero cuya influencia práctica no es lo suficientemente apremiante [99]. En este caso, no surge evidencia, de los hechos estipulados en el *Compromis* [100], en el sentido de que el señor West poseyera la capacidad material de ejercer mando y autoridad efectiva sobre los miembros de GALA. Por lo tanto, este caso no presenta el elemento de una relación superior-subordinado.

En segundo lugar, el señor West no sabía, no tenía la obligación de saber, y no hizo deliberadamente caso omiso de información que indicase claramente que su casete estaba siendo duplicado y transmitido a través de Radio Yuggott [101]. El requisito subjetivo (*mens rea*) para la responsabilidad del superior ha de ser negligencia tan seria como para resultar equivalente a aquiescencia o incluso intención maliciosa [102]. Sin embargo, el señor West no presenció la transmisión radial y no existen pruebas de que estuviera informado de ella y, por tanto, no puede establecerse, como es requerido [103], que tuviera un conocimiento actual a través de evidencia directa. El señor West todavía se encontraba en Arkam mientras Radio Yuggott transmitía su casete y, consecuentemente, es imposible inferir que era consciente de la transmisión.

En la ausencia de una relación superior-subordinado, no pesa el señor West ninguna obligación de conocer el actuar de sus subordinados [104], especialmente si se tiene en cuenta que, bajo ningún aspecto, puede considerárselo como un jefe militar o una persona que actúa efectivamente como tal [105]. En tanto el señor West no tenía información alguna que condujese a concluir que se estaban cometiendo crímenes en Leng, no resulta aplicable [106] el estándar de "ceguera voluntaria"

[97] Fenrick, *supra* nota 95 "7; A. CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 208 (2003).
[98] *Delalic et alia, supra* nota 94, para. 377.
[99] BANTEKAS, *supra* nota 94, at 82.
[100] *Compromis* # 10.
[101] *Compromis* # 10.
[102] *Prosecutor v. Akayesu, supra* nota 91, para. 489; *Prosecutor v. Alfred Musema*. Judgment, IT-96-13-A, Trial Chamber I, 27 January 2000, para. 131.
[103] BANTEKAS, *supra* nota 94, at 108.
[104] Fenrick, *supra* nota 95 " 21.
[105] Ver *supra* sección II.B.2.a.
[106] G Vetter, *supra* nota 95, 123.

desarrollado por la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Celebici* [107].

Más aún, dado que ésta no era la primera vez en la que el señor West había grabado un casete apoyando a GALA, y considerando que ninguno de ellos había sido transmitido [108], él no pudo haber previsto que este casete en particular iba a ser duplicado y reproducido a través de Radio Yuggott. Por lo tanto, no puede decirse que el señor West haya deliberadamente hecho caso omiso de información que indicase que su mensaje estaba a punto de ser diseminado por los miembros de GALA. Es claro, entonces, que este caso no presenta el elemento de "conocimiento" requerido por la doctrina de la responsabilidad del superior.

Finalmente, la ausencia de una relación superior-subordinado y del conocimiento por parte del señor West de la comisión de crímenes sujetos a la jurisdicción de la CPI, hace que no pese sobre el señor West el deber de tomar todas las medidas practicables y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de crímenes por parte los miembros de GALA [109]. A todo evento, el deber de prevenir comienza durante la preparación o planificación de un crimen, pero antes de que el crimen haya sido completado [110]. En este caso, sólo podría establecerse que el señor West tomó conocimiento de los crímenes una vez que éstos habían sido cometidos y, por lo tanto, no puede considerárselo penalmente responsable por no haberlos prevenido.

Por las razones mencionadas con anterioridad, el señor West no puede ser considerado penalmente responsable, por aplicación de la doctrina de "responsabilidad del superior", de los actos supuestamente delictivos llevados a cabo por miembros de GALA en Leng. Por lo tanto, la conducta supuestamente delictiva del señor West no presenta el nexo necesario con un Estado Parte del Estatuto de Roma.

B) COMO SEGUNDO ARGUMENTO, LOS ACTOS DEL SEÑOR WEST FUERON LLEVADOS A CABO ANTES DE LA FECHA EN LA CUAL EL ESTATUTO DE ROMA ENTRÓ EN VIGOR CON RESPECTO A LENG Y RANDOLFIA Y, POR LO TANTO, SE HALLAN FUERA DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1) Los actos supuestamente delictivos del señor West no están sujetos a la jurisdicción *ratione temporis* de la CPI

La Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción retroactiva [111]. El Estatuto de Roma prescribe que la CPI sólo podrá ejercer su jurisdicción respecto de

[107] *Delalic et alia, supra* nota 94, para. 387.
[108] Clarification # 4.
[109] Fenrick, *supra* nota 95, " 23.
[110] BANTEKAS, *supra* nota 94, 116.
[111] S. Williams, *Article 11, Jurisdiction Ratione Temporis*, in O. TRIFFTER (ed.), *supra* nota 16, 323.

crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto para cada Estado en particular [112], y que nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor del Estatuto [113]. En este caso, la jurisdicción temporal de la CPI respecto de Randolfia y Leng comienza en la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para dichos Estados, es decir, el 1° de mayo de 2003 [114]. La conducta supuestamente delictiva del señor West estuvo limitada a dos episodios relevantes en este caso. En abril de 2003, él grabó un casete y se lo entregó a su vecino [115]. Por lo tanto, la CPI carece de jurisdicción *ratione temporis* respecto de los actos del señor West en tanto los mismos fueron llevados a cabo antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Randolfia y Leng.

1) El señor West no puede ser considerado penalmente responsable de los actos llevados a cabo por miembros de GALA y sujetos a la jurisdicción *ratione temporis* de la CPI

La CPI sólo podría tener jurisdicción *ratione temporis* con respecto al señor West si se lo considerara como penalmente responsable de los actos supuestamente criminales llevados a cabo por miembros de GALA. Sin embargo, como se explicara previamente, el ejercicio de jurisdicción por parte de la CPI bajo este enfoque no sería posible, en tanto todos los elementos requeridos para que exista tal responsabilidad, ya sea en razón del art. 25 (3)(b) o del art. 28 del Estatuto de Roma, están ausentes en este caso. Por lo tanto, la CPI no tiene jurisdicción *ratione temporis* respecto del señor West.

C) La Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción *ratione materiae* respecto de los actos de Herbert-West

1) El señor West no posee el *mens rea* requerido para la comisión de ninguno de los crímenes por los que fue acusado

A los efectos de enjuiciar a un acusado de genocidio, ya sea que se lo acuse de instigación al genocidio o de tentativa de genocidio, debe probarse que el acusado poseía el dolo especial, en tanto, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia deja claro en *Jelisic*, "es de hecho el *mens*

[112] Estatuto CPI, *supra* nota 13, art. 11; S. Williams, *supra* nota 111, 323.
[113] Estatuto CPI, *supra* nota 13, art. 24.
[114] *Compromis* # 9.
[115] *Compromis* # 10.

rea lo que da al crimen de genocidio su peculiaridad y lo distingue de un crimen ordinario" [116].

El *mens rea* específico del crimen de genocidio está constituido por la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal [117]. La Comisión de Derecho Internacional ha identificado cuatro elementos que deben estar presentes en el dolo requerido para el delito de genocidio [118]: (a) primero, el objetivo ha de ser destruir a un grupo y no a uno o más individuos que son coincidentemente miembros de un grupo en particular; (b) segundo, el objetivo ha de ser destruir al grupo "como tal", es decir como una entidad separada y diferenciable, y no meramente a algunos individuos por su pertenencia a un grupo particular; (c) tercero, el objetivo debe ser destruir un grupo "total o parcialmente", y (d) cuarto, el objetivo debe ser destruir uno de los tipos de grupos previstos por la Convención. Respecto del crimen de instigación a cometer genocidio, el *mens rea* "recae en la intención de impulsar o provocar, de manera directa, a otro a cometer genocidio" [119]. Es decir que, la persona acusada de cometer instigación al genocidio, debe tener ella misma la intención de cometer ese crimen por sí misma [120].

Sin embargo, una intención general de cometer uno de los actos enumerados, combinada con una percepción general respecto de las probables consecuencias de tal acto con relación a la víctima o víctimas inmediatas, no es suficiente para constituir el *mens rea* del crimen de genocidio [121].

Asimismo, la naturaleza discriminatoria de la selección de la víctima no es igual al dolo especial de destruir un grupo o comunidad como tal [122]. El hecho de que el acusado haya seleccionado a su víctima en perjuicio de un grupo no es suficiente porque no constituye un elemento subjetivo decisivo para declarar a un acusado como culpable de genocidio [123].

El señor West carecía del dolo requerido para el crimen de genocidio y, por lo tanto, carecía del *mens rea* necesaria para cometer cualquiera de los dos crí-

[116] *Prosecutor v. Jelisic*, Judg., Case Nro. IT-95-10-T, Trial Chamber, 14 December 1999, para. 66; K. KITTICHAISAREE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 72 (2001).

[117] Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277, art. II; Estatuto CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 6; A. CASSESE, *supra* nota 97, 103.

[118] Commentary to the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, art. 17, cmts. 6-9, International Law Commission, 1996 ILC Report, A/51/10, 1996. [de aquí en más ILC Draft Code].

[119] *Prosecutor v. Akayesu, supra* nota 91, para. 560; K. KITTICHAISAREE, *supra* nota 116, 248.

[120] A. CASSESE, supra nota 97, 198; K. Ambos, *supra* nota 92, 488.

[121] ILC Draft Code, *supra* nota 118, art. 17 cmt. 5.

[122] *Prosecutor v. Krstic*, Judg., CaseNro. IT-98-33-T, Trial Chamber, 2 Aug. 2001, para. 553.

[123] *Prosecutor v. Krstic, supra* nota 122, para. 553; K. KITTICHAISAREE, *supra* nota 116, 72.

menes por los que fue acusado. Su intención no era destruir el grupo étnico de los lengiano "como tal", incluyendo a los lengianos en Randolfia, Arkam y Leng, sino enfocar las acciones de los arkamianos en un número de individuos basado en el hecho de que éstos eran los únicos habitantes de la provincia de Yuggott que se opondrían a su independencia de Leng y su unificación con Arkam, lo que constituía el objetivo principal de GALA [124]. El hecho de que formaran parte de un grupo étnico no jugó ningún rol en la motivación del señor West, quien no tenía la intención de destruir el grupo étnico lengiano como tal [125]. En efecto, el señor West seleccionó sus víctimas discriminatoriamente, pero esto no es suficiente para considerar que poseía el *mens rea* de genocidio.

En consecuencia, nada en el *Compromis* le permitiría a esta Corte inferir la intención genocida del señor West, más allá de toda duda razonable y, por lo tanto, ausente tal intención, debería encontrar que sus actos no se hallan dentro de la jurisdicción de la CPI.

2) Los elementos objetivos del crimen de instigación a cometer genocidio y de tentativa de genocidio no están presentes en los actos del señor West

a) Los elementos objetivos del crimen de instigación a cometer genocidio no se encuentran presentes en los actos del señor West

El *actus reus* del crimen de instigación a cometer genocidio puede ser resumido como "provocar directamente al perpetrador(es) a cometer genocidio, ya sea a través de discursos, arengas o amenazas pronunciados en lugares públicos o en encuentros públicos" [126].

Dos elementos deben estar presentes para que un acto sea considerado como instigación: debe ser tanto directo como público [127]. En primer lugar, instigar "públicamente" significa que el llamado a la acción criminal sea comunicado a un número de personas en un lugar público o al público en general. En segundo lugar, instigar de manera "directa" significa que la instigación sea realizada en forma directa y que específicamente provoque a otros a cometer el crimen. La grabación del casete por el señor West y su entrega a su vecino no presentan estos dos elementos.

En efecto, el elemento "público" no está presente porque la instigación no debe realizarse en privado, sino frente público en general. El señor West limitó

[124] *Compromis* # 8.

[125] *Compromis* # 8, # 10, # 11.

[126] *Akayesu, supra* nota 91, para. 558; K. KITTICHAISAREE, *supra* nota 116, 248.

[127] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, art. 25 (3); A. CASSESE, *supra* nota 97, 198, K. KITTICHAISAREE, *supra* nota 116, 247; K. Ambos, *supra* nota 92, 487; *Porsecutor v. Akayesu, supra* nota 91, para. 556.

su acción a la entrega de un casete de audio a su vecino y no puede ser responsabilizado por el hecho de que luego, y sin que él lo solicite, el contenido del casete haya alcanzado al público en general. Tampoco se encuentra presente el elemento "directo" en los actos del señor West. Como fuera explicado *supra*, él no poseía el *mens rea* requerido para la comisión de genocidio y, consecuentemente, no puede considerarse que haya instigado directamente un crimen que él no tenía intención de cometer por sí mismo ni de hacer que otros cometan.

Por lo tanto, esta Corte debe declarar que los actos del señor West no constituyen un crimen dentro de la jurisdicción de la CPI.

b) Los elementos objetivos de la tentativa de genocidio no están presentes en los actos del señor West

La tentativa, como una ofensa penal diferenciable, ocurre toda vez que una persona que tiene la intención de cometer un delito trata de llevarlo a cabo sin que el resultado normal de su acción ocurra [128]. Lo que se requiere para que la tentativa sea punible es [129]: i) una conducta que consista en un comienzo significativo de la acción criminal; ii) la clara intención de cometer un crimen; iii) fracaso de que la intención logre su efecto, debido a circunstancias externas. El comienzo de la ejecución está presente cuando "el individuo ha llevado a cabo un acto que constituye un paso significativo hacia la conclusión del *iter criminis*" [130]. Ciertamente, los actos del señor West no pueden ser vistos como un paso significativo hacia la conclusión del *iter criminis* de cualquiera de los actos prohibidos en el contexto de un patrón manifiesto de conducta similar [131] que, combinado con el elemento de dolo, hubiera resultado en la comisión del crimen de genocidio.

Por lo tanto, esta Corte debe declarar que los actos del señor West no constituyen un crimen dentro de la jurisdicción de la CPI.

3) El señor West no puede ser considerado penalmente responsable de los actos cometidos por los miembros de GALA

Por las razones explicadas *supra*, el señor West no puede ser considerado penalmente responsable por los supuestos crímenes cometidos por los miembros de GALA [132]. Por lo tanto, la CPI no tiene jurisdicción *ratione materiae* respecto del señor West por los actos cometidos por otros.

[128] A. CASSESE, *supra* nota 97, 194.
[129] A. CASSESE, *supra* nota 97, 195.
[130] ILC Draft Code *supra* nota 118, art. 2, Comt. 17; K. Ambos, *supra* nota 92, 488-489.
[131] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, art. 6; Elements of Crimes, ICC-ASP/1/3, 113.
[132] Ver *supra* secciones II.A.1.a and II.A.1.b.

III) PETITORIO

Por las razones precedentes, sírvase esta Corte juzgar y declarar:

I. Que resultaría ilegal bajo el derecho internacional que Randolfia entregue a Joseph Curwen a la CPI conforme al pedido para su arresto.

II. Que resultaría ilegal bajo el derecho internacional que Randolfia entregue a Herbert West a la CPI conforme al pedido para su arresto.

En respetuosa presentación ante la Corte Internacional de Justicia.

El Reino de Arkam

MEMORIAL POR LA DEMANDADA

I) LA ENTREGA PROPUESTA POR RANDOLFIA DEL SEÑOR JOSEPH CURWEN A LA CUSTODIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ES CONSISTENTE CON EL DERECHO INTERNACIONAL

A) Sin perjuicio de la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad, la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción sobre el señor Curwen

1) La Corte Internacional de Justicia puede revisar judicialmente las Resoluciones del Consejo de Seguridad y declararlas inaplicables

Esta Corte puede revisar judicialmente las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y declararlas inaplicables para el caso sujeto a su consideración [1]. De hecho, la práctica concreta de la CIJ indica que la misma no ha dudado en pronunciarse respecto de la validez de las Resoluciones del

[1] *Cf.* M. Bedjaoui, *Un Contrôle de la Légalité des actes du Conseil de Sécurité est-il possible?*, en Societé Française pour le Droit International (ed.), Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, 255-297 (1995); A. Pellet, *Rapport Introductif: Peut-on et doit-on contróler les actions du conseil de Sécurité?*, en Societé Française pour le Droit International (ed.), Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, 221-238 (1995); J. Frowein, *The International Court of Justice*, en R. Dupuy (ed.), Manuel sur les Organisations Internationales 176 (1998); G. Watson, *Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court*, 34 Harv. Int'l. L. J. 1(1993); J. Alvarez, *Judging the Security council*, 90 Am. J. Int'l. L. 1 (1996); D. Bowett, *The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures*, 5 EJIL 89 (1994).

Consejo de Seguridad que fue llamada a aplicar [2], una práctica inconsistente con la opinión de que la Corte no tiene tal poder de revisión [3]. Asimismo, en muchas oportunidades los jueces de esta Alta Corte han indicado que tal poder de revisión judicial existe y que debe ser ejercitado por la Corte [4].

De acuerdo a ello, esta Corte puede determinar la inaplicabilidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad cuando las mismas son, *inter alia*, *ultra vires* [5].

Randolfia sostiene que, en este caso, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad es *ultra vires* y no puede constituir un obstáculo vinculante para la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI).

2) La Resolución 2241 del Consejo de Seguridad es *ultra vires* porque vulnera la Carta de las Naciones Unidas

Una decisión del Consejo de Seguridad adoptada en contravención con la Carta de las Naciones Unidas no es obligatoria para los Estados Miembros en tanto éstos sólo han acordado aceptar y cumplir tales decisiones cuando ellas estén de acuerdo con la Carta [6]. En efecto,

> "El carácter político de un órgano no puede relevarlo de la observancia de las disposiciones convencionales establecidas por la Carta, cuando éstas constituyen limitaciones a sus poderes o criterios para su juicio." [7]

[2] Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resoslution 276 (1970), Advisory Opinion of June 21 1971 ICJ, 16, para. 54 [de aquí en adelante *Namibia Case*]; Conditions of Admissions of State to Membership, Advisory Opinion of May 28 1948, 1948 ICJ 57; Effects of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13, 1954, 1954 ICJ 47; Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion of July 20 1962 ICJ 151; a. Pellet, *supra* nota 1, 225; G. Watson, *supra* nota 1, 18.

[3] G. Watson, *supra* nota 1, 109.

[4] *Cf.* Certain Expenses of the United Nations, *supra* nota 2, 221-223 (Judge Morelli, sep. op.); *Namibia Case, supra* nota 2, 131 (Judge Petren, sep. op.), 143-145 (Judge Onyeama, sep. op.), 151-152 (Judge Dillard, sep. op.), 180 (Judge De Castro, sep. op.), 278-295 (Judge Fizmaurice, diss. Op.); Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamhiriya v. United States), Request for the Indication of Provisional Measures, April 14 1992, 1992 ICJ 114, 140-142 (Judge Shahabuddeen, sep. op.), 156 (Judge Bedjaoui, diss. op.) 206-210 (Judge El-Kosheri, diss. Op.).

[5] D. Bowett, *supra* nota 1, 96-98.

[6] Carta de las Naciones Unidas, Artículo 25; *Cf. Namibia Case, supra* nota 2, para. 54; D. Bowett, *supra* nota 1, 95; Carsten Stahn, *The Ambiguities of SC Resolution 1422*, 14 EJIL (2003) 85, 104; Amnesty International, *International Criminal Court, The unlawful attempt by the Security Council to give US citizens permanent impunity from International Justice*, May 2003, AI INDEX IOR 40/006/2003, 54.

[7] Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations, *supra* nota 2, 64.

En el caso del Consejo de Seguridad, ello incluye el actuar de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas [8], lo que asimismo acarrea la obligación de cumplir tanto con el derecho internacional convencional como con el derecho internacional consuetudinario [9]. La lesión, por lo tanto, de normas de derecho internacional general, cuando las mismas no están ni explícita ni implícitamente derogadas por la Carta de las Naciones Unidas, acarrea la ilegalidad de los actos [10].

A la luz de las consideraciones antes mencionadas, Randolfia sostiene que la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad es *ultra vires*; ello en tanto fue adoptada en contravención del art. 24 (2) de la Carta de las Naciones Unidas, en la medida en que contradice ciertas normas del derecho internacional de un modo que resulta inconsistente con la obligación de respetar "los principios de la justicia y del derecho internacional" [11].

a) *La Resolución 2241 del Consejo de Seguridad es* ultra vires *porque es inconsistente con el art. 1(1) de la Carta de las Naciones Unidas en tanto lesiona el derecho internacional general*

Al no respetar principios básicos del derecho internacional general, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad resulta *ultra vires.*

En primer lugar, el principio por el cual los tribunales del lugar donde un crimen es cometido pueden ejercer jurisdicción no es más que una aplicación concreta del principio esencial de la soberanía territorial —la suma de las competencias legales que un Estado posee— [12]. La Resolución 2241 del Consejo de Seguridad claramente vulnera este afianzado principio del derecho al imponer una restricción no aceptada a la capacidad de los Estados para ejercer jurisdicción sobre nacionales extranjeros por crímenes cometidos en su territorio.

En segundo lugar, la Resolución 2241 también lesiona la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) en tanto constituye,

[8] Carta de las Naciones Unidas, Artículo 24 (2).

[9] Carta de las Naciones Unidas, Artículo 1 (1), 24 (2); M. Bedjaoui, *supra* nota 1, 272, 301; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia [Serbia and Montenegro], Further Request for the Indication of Provisional Measures, 1999 ICJ 325, at 440 (Judge ad hoc Lauterpacht, concurring); Amnesty International, *supra* nota 6, 59.

[10] B. Conforti, The Law and practice of the United Nations 286 (1997); P. Dupuy, Droit International Public 127 (1992).

[11] Carta de las Naciones Unidas, Artículo 1(1).

[12] I. Brownlie, Principles of Public International Law 299 (2003); I. Shearer, Starke's International Law 184 (1994).

de hecho, una enmienda no autorizada al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [13].

Por último, la Resolución 2241 contradice las normas del derecho internacional humanitario. Las Convenciones de Ginebra prescriben que las personas acusadas de haber cometido infracciones graves deberán ser traídas ante las Cortes de cualesquiera de las Altas Partes Contratantes [14]. Sin embargo, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad establece una jurisdicción exclusiva para el Estado de nacionalidad del acusado.

b) *La Resolución 2241 del Consejo de Seguridad es* ultra vires *porque es inconsistente con el art. 1(1) de la Carta de las Naciones Unidas en tanto vulnera el Estatuto de Roma*

El Consejo de Seguridad no puede, ni siquiera indirectamente, alterar el Estatuto de Roma [15]. Existe un fuerte consenso entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas respecto de este asunto [16].

Sin embargo, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad estableció una distinción entre los individuos que son nacionales de Estados parte y los que son nacionales de terceros Estados que no estaba prevista en el régimen jurisdiccional de la CPI. Tal distinción limita severamente la jurisdicción de la CPI para un grupo específico de personas [17]. Asimismo, la Resolución viola el art. 27 del Estatuto de Roma, el cual establece la improcedencia de las inmunidades fundadas en el cargo oficial [18].

[13] *Cf.* Amnesty International, *supra* nota 6, 73; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, May 23, 1969, UN Doc. A/CONF. 39/27 (1969), artículos 5 y 39 [de aquí en adelante CVDT]; Estatuto de Roman del Corte Penal Internacional, ILM Vol. 37 (5), 1998, ps. 1002-11069, art. 121, [de aquí en adelante ESTATUTO CPI].

[14] Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Aug. 12th 1949, 75 UNTS 31, Art. 49 [de aquí en adelante Geneva Convention I; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Aug. 12th 1949 75 UnTS 85, art. 50 [de aquí en adelante Geneva Convention II]; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12th 1949, 75 UNTS, 135, art. 129 [de aquí en adelante Geneva Convention III]; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12th 1949, 75 UNTS 287, art. 146 [de aquí en adelante Geneva Convention IV].

[15] L. Condorelli and S. Villalpando, *Can the Security Council extend the ICC's jurisdiction*, en A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds.), THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY 575 (2002); Z. Deen-Resmany, *The ICC, Peacekeepers and Resolution 1422: Will the Court defer to the Council?*, 49 NETH. INT'L. L. REV. 353, 366 (2002).

[16] Z. Deen-Resmany, *supra* nota 15, 369-370; Amnesty International, *supra* nota 6, 29-32.

[17] Carsten Stahn, *supra* nota 6, 96-97.

[18] *Cf.* Carsten Stahn, *supra* nota 6, 100-101.

La Resolución 2241 del Consejo de Seguridad también modifica el art. 17 del Estatuto de Roma al incluir un requisito adicional para que un caso se considere admisible, esto es, que el Estado de nacionalidad ceda su jurisdicción exclusiva. Por ello, la Resolución no sólo viola la CVDT, sino también las disposiciones específicas sobre enmiendas del propio Estatuto de Roma [19].

Como se estableciera, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad, es *ultra vires* en tanto se encuentra en contravención con principios de derecho internacional general de forma contraria a la Carta de las Naciones Unidas.

3) Como argumento alternativo, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad no obliga, y no puede obligar, a la Corte Penal Internacional

Prescindiendo de su ilegalidad, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad no es vinculante para la Corte Penal Internacional, la cual es una organización internacional independiente [20]. De acuerdo con ello, la CPI no estaría impedida de ejercer su jurisdicción sobre el señor Curwen.

Las obligaciones legales de la CPI no surgen de las directivas del Consejo de Seguridad, sino solamente del marco legal del Estatuto de Roma [21]. En este sentido, no existe nada en el mencionado Estatuto que determine que la CPI deba limitar el ejercicio de su jurisdicción a la luz de una resolución del Consejo de Seguridad con el contenido específico del Párrafo Operativo 7 de la Resolución 2241. Ni siquiera la interpretación más amplia del art. 16 del Estatuto de Roma daría lugar a tal restricción.

Tampoco puede invocarse el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas para sostener la afirmación de que la CPI se encuentra directamente vinculada por la Resolución 2241, puesto que el art. 103 solamente obliga a los Estados [22]. En efecto, el Consejo de Seguridad no puede interferir con los derechos y obligaciones de una persona jurídica independiente que no es miembro de la Carta de las Naciones Unidas [23]. Por lo tánto, la Resolución 2241 del Consejo de Seguridad no obliga, ni podría obligar, a la CPI a no ejercer jurisdicción respecto del caso del señor Curwen.

[19] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículos 121-123.
[20] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 4.
[21] Carsten Stahn, supra nota 6, 90.
[22] Carsten Stahn, *supra* nota 6, 106; Z. Deen-Resmany, *supra* nota 15, 369-370.
[23] Z. Deen-Resmany, *supra* nota 15, 366.

B) COMO SEGUNDO ARGUMENTO, EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL NO PROHÍBEN QUE LA CPI EJERZA JURISDICCIÓN SOBRE JOSEPH CURWEN

1) El ejercicio de jurisdicción por la CPI sobre Joseph Curwen es consistente con las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El ejercicio de jurisdicción por la CPI sobre el señor Curwen sería consistente con el principio por el cual los tratados no pueden vincular a terceros [24], contenido en la CVDT [25], ya que el Estatuto de la CPI no impone obligación alguna sobre los Estados no parte [26].

Arkam no puede argüir que sus obligaciones están siendo incrementadas afirmando que este caso concierne a una disputa inter-estatal y que, en consecuencia, su consentimiento es requerido para que dicha disputa sea sometida a un tercero [27]. En este caso, sólo la responsabilidad penal individual del señor Curwen estaría bajo examen, ya que la CPI sólo tiene jurisdicción para juzgar a individuos, y está, de este modo, inherentemente incapacitada para pronunciar juzgamiento sobre Estados [28].

Además, el Estatuto de Roma no contraviene el derecho internacional al permitir el eventual enjuiciamiento de los nacionales de terceros Estados estando

[24] M. C. Bassiouni, *The International Criminal Court and the position of the United States*, en POLÍTICA CRIMINAL. DERECHOS HUMANOS Y SISTEMAS JURÍDICOS EN EL SIGLO XXI, 1068 (2002); B. BROOMHALL, INTERNATIONAL JUSTICE AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 165 (2003); S. A. Williams, *Article 12, Preconditions to the exercise of jurisdiction*, in O. TRIFFTERER (ed.), COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 340 (1999); D. F. Orentlicher, *Politics by other means- the law of the International Criminal Court*, 32 CORNELL INT'L. L. J. 489-490 (1999); C. Tomuschat, *Obligations arising for States without or against their will*, 241 RDC 195, 244 (1993-IV).

[25] CVDT, *supra* nota 13, art. 34.

[26] M. Scharf, *The ICC's jurisdiction over the nationals of non—party States: a critique of the US position*, 64-WTR LAW & CONTEMP. PROBS. 67, 99 (2001); F. Mégret, *Epilogue to an endless debate: The international Criminal Court's Third Party Jurisdiction and the Looming Revolution of International Law*, 12 EUR. J. INT'L. L. 247 (2001); E. La Haye, *The jurisdiction of the International Criminal Court: controversies over the preconditions for exercising its jurisdiction*, 46 NETH. INT'L. L. REV. 1, 19 (1999); B. S. Brown, *US Objections to the Statute of the International Criminal Court: a brief response*, 31 N.Y.U.J. INT'L. L.& POL. 855, 870 (1999). *Ver asimismo* ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, arts. 69, 73, 86-89, 93 y 115.

[27] *Cf.* J. Dugard, *Obstacles in the Way of an International Criminal Court*, 56 CAMBRIDGE LAW JOURNAL 337 (1997); *cf.* K. MISKOWIAK, THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: CONSENT, COMPLEMENTARITY AND COOPERATION, 31 (2000).

[28] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULOS 25.1, 25.4 and 26; Mégret, *supra* nota 26, 254; Orentlicher, *supra* nota 24, 491; O. Triffterer, *Prosecution of States of Crimes of States*, 67 INT'L. L. REV. PEN. L. 341, 246 (1996).

ausente el consentimiento del Estado de la nacionalidad [29]. De hecho, el derecho internacional permite a los Estados acordar que un tribunal internacional ejerza jurisdicción sobre cualquier persona sobre la cual dichos Estados puedan tener jurisdicción personal bajo el principio territorial [30]. El derecho general de todos los Estados para convenir este tipo de acuerdos nunca ha sido puesto en discusión [31]. En este sentido, cuando una persona comete un crimen en el territorio de un Estado, un enjuiciamiento en ese foro no depende del hecho de que el Estado de la nacionalidad del acusado sea parte en el tratado o haya consentido de otro modo el enjuiciamiento [32], una opinión corroborada por precedentes judiciales [33] y una gran cantidad de instrumentos internacionales que reprimen crímenes internacionales [34].

Finalmente, a pesar del hecho de que cada Estado tiene ciertos derechos con respecto a sus nacionales, estos derechos no son ni exclusivos ni ilimitados [35]. Por lo tanto, Arkam no puede basarse en el hecho de que el señor Curwen sea uno de sus nacionales para resguardarlo de la responsabilidad penal que emana de los crímenes de guerra.

En consecuencia, la entrega propuesta del ciudadano Curwen y el ejercicio de jurisdicción por la CPI son consistentes con el principio contenido en el art. 34 de la CVDT.

2) El ejercicio de jurisdicción por la CPI sobre el señor Curwen no lesiona el derecho internacional consuetudinario

Es un principio reconocido del derecho internacional que "las restricciones sobre la independencia de los Estados no se presumen y que el derecho interna-

[29] Orentlicher, *supra* nota 24, 491; J. J. Paust, *The Reach of ICC jurisdiction over non-signatory nationals*, 33 VAND. J. TRANSNAT'L. L. 1, 6-7 (2000); La Haye, *supra* nota 26, 19.

[30] K. S. Gallant, *Jurisdiction to adjudicate and jurisdiction to prescribe in international criminal courts*, 48 VILL. L. REV. 763, 810 (2003); Orentlicher, *supra* nota 24, 493; Mégret, *supra* nota 26, 253; M. C. Bassiouni, *Explanatory note on the ICC Statute*, 71 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL 1, 8 (2000).

[31] *Cf.* W. A. SCHABAS, AN INTRODUCTION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 61 (2001); G. M. Danilenko, *The Statute of the International Criminal Court and Third States*, 21 MICHIGAN JOURNAL OF INT'L. L. 445, 462-463, (2000); D. Ntanda Nsereko, *The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues*, 10 CRIM. L. F. 87, 101 (1999).

[32] Danilenko, *supra* nota 31, 462—3; Paust, *supra* nota 29, 3.

[33] United Stated v. Yunis, 924 F. 2d at 1091; United States v. Rezaq, 99 F. Supp. 697 (DDC 1995); United States v. Reaq, 134 F. 3d 1121 (D.C.Cir. 1998); United States v. Wang Kun Lue, 134 F. 3d 79 (2d Cir. 1997).

[34] *Inter alia*, International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, 37 ILM 249 (1998); International Convention against the taking of hostages, Dec. 18, 1979 UNGA Res. 34/145 (XXXIV); International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, Nov. 30, 1973, UNGA Res. 3068 8XXVIII), 13 ILM 50 (1974).

[35] B. S. Brown, *supra* nota 26, 870; Scharf, *supra* nota 26, 75.

cional deja a los Estados un amplio margen de discrecionalidad que sólo está limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas" [36]. Este principio significa que los Estados soberanos son libres de establecer colectivamente una jurisdicción internacional, a no ser que pueda demostrarse que ésta viola una norma prohibitiva del derecho internacional [37]. Dado que dicha norma no existe, el ejercicio de jurisdicción por la CPI sobre Joseph Curwen es consistente con el derecho internacional consuetudinario.

a) El derecho internacional consuetudinario permite a los Estados delegar su jurisdicción en tribunales internacionales, incluso frente a la ausencia del consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado

La práctica de los Estados [38] y la *opinio iuris* [39] demuestran que la cesión de la jurisdicción a otro Estado o a un tribunal internacional es válida en el derecho internacional [40]. En este sentido, tanto el tribunal de Nuremberg como el de Tokio, los cuales han sido caracterizados como de "jurisdicción territorial delegada" [41], como también el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, evidencian en forma clara que el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado no es un requisito esencial [42].

Por lo tanto, no hay duda de que los Estados tienen un derecho soberano a aunar sus jurisdicciones y a cederlas a un tribunal penal [43]. El ejercicio de este

[36] S. S. Lotus Case, 1927 PCIJ, Series A, Nro. 10, 19; I. Bantekas, S. Nash & M. Mackarel, International Criminal Law 15 (2002). L. Henkin, International Law: Politics and Values, 234-235 (1995).

[37] Scharf, *supra* nota 26, 73; Orentlicher, *supra* nota 24, 491, 494 (1999).

[38] Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis and the Charter of the International Military Tribunal annexed thereto, Aug. 8, 1945, 82, UNTS 279; The 1946 International Military Tribunal to Prosecute the Major War Criminals of the Far East; Statute of the Int'l. Crim. Trib. For Rwanda, UN Doc. S/RES/955, (November 8 1994); Statute of the Int'l. Crim. Trib. For Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, (May 25, 1993).

[39] *Cf.* M. C. Bassiouni, *supra* nota 24, 1068 (2001); Interim Report of the Independent Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Doc. S/25274 (1993).

[40] S. A. Williams, *supra* nota 24, at 339; M. Leith, *The United States and the Statute of Rome*, 95 AM. J. INT'L. L. 124, 127 (2001); M. C. Bassiouni, *supra* nota 24, at 1068; Paust, *supra* nota 29, 3-4.

[41] M. Scharf, *supra* nota 26, 109.

[42] *Prosecutor v. Tadic*, Appeals Chamber, Case Nro. IT-94-1-AR72 (2 October, 1995); *Prosecutor v. Kanyabashi*,, Trial Chamber (jurisdiction), Case Nro. ICTR 96-45T (18 June, 1997); Scharf, *supra nota* 26, 109.

[43] Danilenko, *supra* nota 32, 465; Orentlicher, *supra* nota 24, 493.

derecho no puede ser obstaculizado por el hecho de que el acusado es un nacional de un Estado no-parte del tratado que crea dicho tribunal internacional, como este caso.

C) Como tercer argumento, el procedimiento desarrollado por la Comisión por la Verdad del Estado de Arkam no impide que la Corte Penal Internacional ejerza su jurisdicción sobre los actos del señor Curwen

Dada la tendencia legal que quita legitimidad a la concesión de amnistías por parte de los Estados —tendencia a la que adscribe el preámbulo del Estatuto de la CPI—, los Estados y tribunales nacionales deben abordar todo desafío a la atribución de responsabilidad penal a los autores de crímenes contra el derecho internacional como presuntamente inválido [44].

En este caso, la CPV del Estado de Arkam no cumple con todos los requisitos exigidos por el Estatuto de Roma y, de esta manera, la CPI se encuentra habilitado para ejercer jurisdicción sobre los actos del señor Curwen, sin temor a vulnerar el principio de complementariedad reconocido en dicho instrumento legal.

1) La llamada "investigación" a cargo de la CPV del Estado de Arkam no impide a la CPI ejercer su jurisdicción sobre este caso

De acuerdo con el principio de complementariedad, los casos son admisibles ante la CPI a menos que éstos sean señalados como inadmisibles al invocarse alguno de los escenarios previstos en el art. 17 (a) a (d) [45]. Siendo la CPI un complemento para los sistemas de justicia penal nacionales [46], y no un complemento para el diseño de medidas alternativas, este tribunal no se encuentra habilitado para renunciar, sin más, a la persecución penal de los acusados a favor de la aplicación de ciertas medidas alternativas, tales como las ofrecidas por la CPV, con excepción de circunstancias extremadamente imperiosas [47], circunstancias que no es posible advertir en este caso.

[44] L. N. Sadat, Universal Jurisdiction, National Amnesties and Truth Commissions: Reconciling the Irreconcilable, 2 (2003); J. Gavron, *Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court*, 51 ICLQ 91, 117 (2002).

[45] B. Broomhall, *supra* nota 24, 100.

[46] S. A. Williams, *Article 17*, Issues of Admissibility, in O. Triffterer (ed.), *supra* nota 24, § 31.

[47] M P. Scharf, *The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court*, 32 Cornell Int'l. L. J. 507, 527 (1999); A. Cassese, International Criminal Law 351 (2003); D. Robinson, *Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court*, 14 EJIL 481, 486 (2003).

Asimismo, la CPI tiene como función principal la de perseguir los crímenes más graves perpetrados contra la comunidad internacional [48] y, a su vez, su diseño se sustenta en la idea de que esos crímenes no pueden quedar impunes pregonándose, así, que su efectiva persecución penal debe ser asegurada por todos los medios disponibles [49].

De la lectura del art. 18 (1) del Estatuto de Roma se desprende que el régimen de complementariedad rige, incluso, con respecto a Estados que no son parte del citado instrumento, tal es el caso del Reino de Arkam [50].

De modo evidente, la CPV del Estado de Arkam no constituye obstáculo alguno para el ejercicio de jurisdicción por parte de la CPI, dado que no existen circunstancias imperiosas que exijan la autolimitación por parte de la CPI y, tal como será explicado luego, la mentada investigación de la CPV no cumple con los estándares estipulados por el art. 17 del Estatuto de Roma.

a) La CPV del Estado de Arkam no conduce una investigación "genuina", de acuerdo con lo exigido por el art. 17 del Estatuto de la CPI

Esfuerzos de carácter no judicial destinados a responsabilizar a los autores de crímenes contra el derecho internacional, tales como los propuestos por las comisiones por la verdad, desarrollan investigaciones superficiales, en comparación con una investigación propia del fuero penal, que no representa una voluntad genuina, de parte del Estado actuante, de administrar justicia. Bajo estas circunstancias, el caso en cuestión debe ser considerado admisible ante la CPI, de acuerdo con el art. 17, párr. 1 (a) [51].

La CPV del Estado de Arkam es un órgano administrativo [52] que no busca imputar responsabilidad de carácter penal al presunto autor de los crímenes tipificados por el Estatuto de la CPI. Una comisión por la verdad —y las amnistías que, eventualmente, concederá— no desarrollará una investigación de índole penal, dado que el simple relato de la verdad de los hechos a un órgano no judicial, tal como la CPV, puede derivar en el reconocimiento de inmunidad a un individuo (en este caso, al señor Curwen) frente a las posibles persecuciones de índole penal a desarrollarse ante los tribunales domésticos [53]. En el caso de aque-

[48] *Ver* ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, Preámbulo para. (1) y (4); art. 1.

[49] M. H. Arsanjani, *The international criminal court and national amnesty laws*, 93 ASIL PROC. 65, 67 (1999).

[50] CASSESE, *supra* nota 47, 352.

[51] SCHABAS, *supra* nota 31, 69.

[52] Clarification # 6.

[53] *Cf.* J. T. Holmes, *The Principle of Complementarity*, en: R. LEE (ed.), THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, THE MAKING OF THE ROME STATUTE; ISSUES, NEGOTIATIONS, RESULTS, 77 (1999).

llos crímenes de guerra por lo cuales fue acusado el señor Curwen [54], su gravedad comprobada [55], en conjunción con la incapacidad y la falta de voluntad del Estado de Arkam de perseguir penalmente al señor Curwen, torna este caso admisible ante el CPI.

Por último, debe remarcarse que el Estado de Arkam ha incumplido, de manera evidente, su obligación de imponer una pena a los presuntos criminales; obligación que prescribe tanto la costumbre internacional como el derecho convencional internacional [56]. El CPI no puede ceder su jurisdicción en favor de investigaciones nacionales que, con un alto grado de probabilidad, puedan resultar en la concesión de una amnistía total en un caso lo suficientemente grave, tal como la masacre de Exhamtown; caso en el cual la eventual amnistía desconoce compromisos insertos en las Convenciones de Ginebra de 1949. Vale recordar que estas convenciones conforman, *inter alia*, la competencia material del CPI [57].

b) El diseño de la CPV demuestra que el Estado de Arkam es incapaz de conducir la investigación propuesta y que, a su vez, no está dispuesto a perseguir penalmente al señor Curwen

Por una parte, el Estado de Arkam ha demostrado de manera suficiente su incapacidad para llevar adelante la investigación propuesta sobre los actos del señor Curwen. El señor Curwen no fue obligado a comparecer ante la CPV, en concordancia con la orden que dicho cuerpo emitiera. Más aún, ningún tipo de seguimiento y/o vigilancia fue dispuesto por el gobierno de Arkam a fin de evitar que el señor Curwen abandonara el país durante los treinta días que la CPV concedió al señor Curwen para presentarse ante los comisionados, una vez emitida la orden de comparecencia. Tal incompetencia para retener la custodia del señor Curwen, una prueba más de la incapacidad del Estado de Arkam de responsabilizar al señor Curwen por los actos cometidos, debe ser advertida por esta Corte.

De modo similar, la cláusula que regula el hecho de que el Estado en cuestión no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento de los autores de los crímenes tipificados en el Estatuto de la CPI, tiene como misión principal evitar toda posibilidad de que los Estados celebren juicios ficticios [58] con el objeto de impedir el desarrollo posterior de nuevas persecuciones penales con sujeción a

[54] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 8 para. 2 (a) (b) (c) y (e).

[55] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULOS 1 y 17 para 1 (d).

[56] *Cf.* P. Van Zyl, *Dilemmas of Transitional Justice: The case of South Africa's truth and reconciliation commission*, 52 J. INT'L. AFF. 647, 661-662 (1999).

[57] Scharf, *supra* nota 47, 514—515; Arsanjani, *supra* nota 49, 65.

[58] Holmes, *supra* nota 53, 50.

lo prescripto por el principio de *ne bis in idem* [59]; un aspecto especial del principio de complementariedad [60]. Ciertos elementos permiten caracterizar la falta de voluntad del Estado de Arkam para llevar a buen término la investigación propuesta. En efecto, el proyecto de la CPV es controlado, exclusivamente, por comisionados de nacionalidad del Estado de Arkam quienes, en ejercicio de la función encomendada, han otorgado hasta el momento once amnistías totales de carácter individual [61]. Asimismo, el diseño de la CPV como un cuerpo de carácter administrativo, y su actual integración —todos miembros del grupo étnico arkamiano—, reflejan severas dudas sobre la independencia e imparcialidad de los procesos desarrollados en contra del señor Curwen. Tal apariencia de parcialidad [62], unida con la firme intención del Estado de Arkam de no impartir justicia retributiva, no satisfacen los requisitos mínimos exigidos por la CPI para declarar el caso inadmisible ante sus estrados [63].

En otro orden, el derecho internacional asocia, de manera indiscutible, la atribución de responsabilidad por la comisión de crímenes con la aplicación de una pena [64], relegando a un espacio menor a los modelos alternativos inspirados en el ideal de la justicia restaurativa. La CPV del Estado de Arkam se sustenta en la necesidad de conceder amnistías totales a cada individuo que la requiera, necesidad que sólo se ve condicionada por una débil exigencia de proporcionalidad [65] (es decir, el relato completo de todos los hechos criminales relevantes) [66]; requisito cuya satisfacción será decidida, de modo exclusivo, por los comisionados que integran la CPV, sin ningún tipo de control sobre sus decisiones por parte del sistema judicial [67].

Las consideraciones expuestas demuestran, de manera exhaustiva, que el ejercicio de jurisdicción por parte de la CPI sobre el señor Curwen cumplirá a la perfección las exigencias impuestas por el principio de complementariedad, dado que el Reino de Arkam no está dispuesto y no puede de modo real conducir la investigación propuesta.

[59] *Ver* ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 17 para. 1 (c) and 20 (3), SCHABAS, *supra* nota 31, 67-68 (2001).

[60] Holmes, *supra* nota 53, 42.

[61] Clarification # 6; *Compromis* # 7.

[62] M. Ellis, *The International Criminal Court and its implication for domestic law and national capacity building*, 15 FLA. J. INT'L. L. 215, 237 (2002); M. H. Morris, *The trials of concurrent jurisdiction: the case of Rwanda*, DUKE J. OF COMP. & INT'L. L., 349, 373 (1997).

[63] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 17 (2)(c).

[64] R. C. Slye, *The legitimacy of amnesties under international law and general principles of anglo-american law: is a legitimate amnesty possible?*, 43 VA. J. INT'L. L. 173, 187 (2002).

[65] C. Stahn, *Accommodating individual criminal responsibility and national reconciliation: The UN truth commission for East Timor*, 95 AM. J. INT'L. L. 952, 958 (2001).

[66] *Compromis* # 7.

[67] Clarification # 6.

II) LA ENTREGA PROPUESTA POR RANDOLFIA DEL SEÑOR HERBERT WEST A LA CUSTODIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ES CONSISTENTE CON EL DERECHO INTERNACIONAL

A) La CPI tiene jurisdicción sobre Herbert West, dado que sus actos criminales poseen un nexo con un Estado parte del Estatuto de Roma

Los requisitos jurisdiccionales del Estatuto de Roma están diseñados para asegurar un nexo entre un Estado parte y la ofensa sujeta a persecución penal [68]. La CPI tendrá jurisdicción para juzgar crímenes cometidos por individuos cuya conducta esté vinculada con un Estado parte del Estatuto de Roma, sea por ser nacionales de ese Estado o por haber cometido los crímenes en su territorio [69].

En este caso, la CPI tiene jurisdicción sobre el señor West dado que es penalmente responsable por los crímenes cometidos en Leng, un Estado parte del Estatuto de Roma. La transmisión del casete del señor West realizada por los miembros de GALA, y la matanza de la población de Leng, constituyen instigación al genocidio y tentativa de genocidio, respectivamente, y son imputables al señor West [70].

1) La CPI tiene jurisdicción sobre el señor West, a pesar de que éste no estaba presente en el territorio de un Estado parte cuando actuó

Los términos "conducta" [71] y "situación" [72] incluyen tanto actos dentro y fuera del territorio de un Estado que acepte la jurisdicción de la CPI [73]. La capacidad de un Estado de referir situaciones a la CPI no está confinada sólo a actos criminales específicos [74]. Por lo tanto, como la CPI tiene la capacidad para analizar la conducta en su totalidad, es apropiado extender su jurisdicción a todas aquellas personas que hayan contribuido a la comisión de un crimen en un Estado parte [75].

[68] M. H. Arsanjani, *The Rome Statute to the International Criminal Court, Exceptions to the Jurisdiction in* Politi & Nesi (ed.), The Rome Statute of The International Criminal Court. A Challenge to Impunity, 51 (2001); Williams, *supra* nota 24, 339; I. Mitsue, *The meaning of state consent in Artículo 12 (2) of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Theoretical analysis of the Source of International Criminal Jurisdiction*, 49 Neth. Int'l. L. Rev.159, 162-65 (2002).

[69] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículos 1, 12.2 y 25.

[70] *Compromis* # 6.

[71] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 12.

[72] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículos 13 y 14.

[73] K. S. Gallant, *supra* nota 30, 815; Schabas, *supra* nota 31, 63.

[74] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 14.1.

[75] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 25.3; Gallant, *supra* nota 30, 812, 814.

En este caso, los actos del señor West están abarcados por la jurisdicción *ratione materiae* de la CPI, dado que éste puede ser penalmente responsable a título individual por crímenes que ocurrieron en Leng [76]. La conducta del señor West puede enmarcarse como "ordenar, proponer o inducir" [77] o haber fracasado en prevenir (no haber ejercido un control apropiado para evitar) [78] la comisión de dichos crímenes.

Por lo tanto, en virtud de las consideraciones precedentes, es irrelevante si el señor West estaba o no presente en el territorio de un Estado parte del Estatuto de Roma. No obstante, tanto él como sus actos tienen el nexo necesario con un Estado parte del Estatuto de Roma y, de este modo, la CPI puede ejercer jurisdicción sobre él.

B) La CPI tiene jurisdicción *ratione temporis* sobre los actos del señor Herbert West

El Estatuto de Roma entró en vigor para Leng el 1° de mayo de 2003, por lo tanto, la CPI solo tiene jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en Leng después de esa fecha [79].

1) Existen motivos razonables para considerar que el señor West es penalmente responsable por ordenar, proponer o inducir la comisión de crímenes que caen dentro de la jurisdicción *ratione temporis* de la CPI

El Estatuto de Roma prescribe que una persona será considerada como penalmente responsable a título individual por ordenar ilegalmente la comisión de un crimen que caiga dentro de la jurisdicción de la CPI [80]. Una orden es la exigencia de una acción u omisión, que compele a ser obedecida a aquellos a quienes se dirige, debido a la existencia de una relación de superior-subordinado que acarrea el ejercicio efectivo de control o autoridad para ordenar dentro de una estructura jerárquica *de iure* o *de facto* [81].

[76] *Compromis* # 11, 12; Gallant, *supra* nota 30, 814; Schabas, *supra* nota 31, 63.

[77] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 25.3.b.

[78] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 28; ver *infra* Sección II.B.1 and II.B.2; K. Ambos, *Article 25: Individual Criminal Responsibility*, en: O. Triffterer, (ed.), *supra* nota 24, 480.

[79] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 11.

[80] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 25 (3) (B).

[81] *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, Case Nro. ICTR-96-4-T, Trial Chamber 1, 2 September 1998, para. 483 [de aquí en adelante *Akayesu Case*]; I. Bantekas, Principles of Direct and Superior-Responsibility in International Humanitarian Law 50 (2002); B. Van Schaack, *Command Responsibility: The anatomy of proof in Romagoza v. García*, 36 UC DAVIS L. REV. 1213, 1222 (2003).

En primer lugar, GALA se encuentra organizada como una jerarquía formal, con estructuras de mando correspondientes, y el señor West es uno de sus líderes [82]. La posesión de un poder *de iure* da lugar a la presunción legal de que el señor West poseía, en efecto, una relación de superior-subordinado respecto de su vecino y ejercitaba control efectivo sobre él [83]. Por consiguiente, existen motivos razonables [84] para afirmar que el señor West tenía en efecto la autoridad para convencer o coercer a su vecino a cometer un delito [85].

En segundo lugar, es posible inferir que el señor West emitió una orden a su vecino para que su casete sea transmitido a través de Radio Yuggott. En efecto, la existencia de una orden puede ser probada a través de evidencia circunstancial [86]. Si el señor West sólo hubiera querido transmitir el mensaje a su vecino, no hubiera tenido necesidad de grabarlo en un casete; el que lo haya hecho indica que tenía la intención de que el mismo fuera duplicado y transmitido. Aún más, el haber dirigido su mensaje a "mis hermanos y hermanas arkamianos" [87] indica claramente su intención de que el mensaje sea transmitido y llegue a todos los arkamianos, no sólo a su vecino.

Por lo tanto, existen fundamentos razonables para afirmar que el señor West dio a su vecino la orden de que su casete fuera transmitido a través de Radio Yuggott.

a) Como argumento alternativo, el señor West produjo o indujo a su vecino para que se transmita el contenido de su casete a través de Radio Yuggott

No es necesario que haya una relación de superior-subordinado a los efectos de proponer o inducir la comisión de un crimen [88]. De este modo, aun en la ausencia de tal tipo de relación, los elementos de hecho remanentes permiten considerar que el señor West propuso o indujo a otros a cometer los mencionados crímenes [89].

[82] Compromis # 10; Clarifications # 2.

[83] *Prosecutor v. Delalic et alia,* Judgement, Case Nro. IT-96-21-A, Appeals Chamber, 20 February 2001, para 197; B. Van Schaack, *supra* nota 81, 1222.

[84] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 58.

[85] *Akayesu Case, supra* nota 81, para 483; K. Ambos, *Article 25, Individual Criminal Responsibility*, en: O. TRIFFTERER (ed), *supra* nota 24, §12.

[86] *Prosecutor v. Tihomir Blaskic,* Judgment, Case Nro. IT-95-14-T, Trial Chamber, 3 March 2000, para. 281; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez,* Judgment, IT-95-14&2-T, Trial Chamber, 26 February 2001, para. 388; CASSESE, *supra* nota 47, 194.

[87] *Compromis* # 10.

[88] K. Ambos, *supra* nota 85, margin Nro. 13.

[89] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 25 (3) (B).

b) El crimen ordenado, propuesto o inducido por el señor West fue ejecutado después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Leng y, de este modo, los actos del señor West recaen dentro de la jurisdicción ratione temporis *de la CPI*

Ordenar, proponer o inducir la comisión de un crimen es una conducta que no está completa hasta que el crimen ordenado, propuesto o inducido es, de hecho, ejecutado [90]. La orden, propuesta o inducida del señor West de hacer que su casete sea transmitido a través de Radio Yuggott fue ejecutada por los miembros de GALA entre el 15 y el 25 de mayo de 2003. Asimismo, los ataques nocturnos contra los miembros del grupo étnico lengiano comenzaron el 16 de mayo [91]. Resulta claro, que tanto el crimen de instigación a cometer genocidio, así como el de tentativa de genocidio —que como se explicará *infra* [92] fue causado por tal instigación—, tuvieron lugar después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Leng [93].

Por lo tanto, y visto que el señor West puede ser considerado, conforme al art. 25 (3) (b) del Estatuto de Roma, como penalmente responsable a título individual de la comisión de los crímenes de los que se lo acusa, la CPI tiene jurisdicción *ratione temporis* sobre él.

2) Como argumento alternativo, existen motivos razonables para considerar que el señor West es penalmente responsable por no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir que sus subordinados cometan crímenes dentro de la jurisdicción *ratione temporis* de la CPI

a) El señor West era un superior civil y tenía la obligación, conforme al Estatuto de Roma, de adoptar las medidas necesarias para evitar que sus subordinados de GALA cometan crímenes

El Estatuto de Roma prescribe que un superior civil será penalmente responsable a título individual por los crímenes sujetos a la jurisdicción de la CPI, que sean cometidos por subordinados bajo su efectiva autoridad y control [94], un principio que forma parte del derecho internacional consuetudinario y que ha sido

[90] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 25 (3) (B); *Cf.* K. Gallant, *supra* nota 30, 763, 814.

[91] *Compromis* # 11.

[92] *Ver infra* Sección II.C.3.b.

[93] *Compromis* # 9, # 11.

[94] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 28(B).

reconocido en numerosas decisiones de tribunales internacionales [95]. Cuatro elementos deben cumplirse para que sea posible considerar a un superior como penalmente responsable de los crímenes cometidos por sus subordinados [96]: a) la existencia de una relación de superior-subordinado; b) que el superior hubiera tenido conocimiento o deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o que se proponían cometerlos; c) que tales crímenes guardaban relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo, y d) que el superior no hubiera adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En cuanto al primer elemento, como fue establecido por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en *Karadzic and Mladic* [97], la existencia de una relación de superior-subordinado debe ser determinada por referencia a la posición del señor West como líder en la jerarquía formal de GALA, una organización con estructuras de mando correspondientes [98]. De este modo, es claro que el señor West poseía, en la especia, una relación de superior-subordinado respecto de los miembros de GALA.

Respecto del segundo elemento, Radio Yuggott es una estación de radio, controlada por los miembros de GALA y que ha apoyado los objetivos de ésta en sus transmisiones [99]. Siendo el señor West un líder de GALA, ciertamente sabía acerca de la operación de Radio Yuggott y también sabía que los miembros de la organización solían cruzar la frontera entre Arkam y Leng y que, por lo tanto, era factible que su casete llegara fácilmente a Yuggott. Considerando que, al efecto de establecer la existencia del conocimiento actual del superior, alcanza con que hubieran resultado aparentes para una persona razonable indicios adecuados en tal sentido [100], puede entonces concluirse que el señor West tenía conocimiento o deliberadamente hizo caso omiso de información que indicaba que los miembros de GALA estaban cometiendo un crimen o que se proponían cometerlo.

En cuanto al tercer elemento, la posición del señor West como líder de GALA lo dotaba de efectiva responsabilidad y control sobre todas las actividades de la organización, incluyendo la operación de Radio Yuggott. Esto es así, aun si el

[95] *US v. Yamashita*, US Military Commission, Manila, December 7 1945, 4 LRTWC 1; *US v. Brandt* (the *Medical* case), 2 TWC 171; US v. List (the *Hostages* case), 11 TWC 759; US v. Von Leeb (the *High Command* case), 11 TWC 1; *Prosecutor v. Delalic et alia, supra* nota 83; *Ver inter alia*, I. BANTEKAS, *supra* nota 81, 94-99.

[96] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 28(B).

[97] I. BANTEKAS, *supra* nota 81, 73.

[98] *Compromis* # 10; Clarifications # 2.

[99] *Compromis* # 11.

[100] K. BANTEKAS, *supra* nota 81, 109.

señor West mismo no lo hacía de forma directa, sino controlando los actos de aquéllos a cargo de la operación de la radio.

Respecto al cuarto elemento, por definición los líderes tienen la autoridad para emitir directivas a sus subordinados para que no cometan o para que dejen de cometer delitos [101]. El señor West tenía, como líder, la obligación de tomar todas las medidas practicables para asegurar que sus subordinados no cometan crímenes sujetos a la jurisdicción de la CPI o de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación [102]. Nuevamente, resulta claro que el señor West fracasó en el cumplimiento de estas obligaciones.

b) Los crímenes que el señor West fracasó en prevenir o reprimir fueron cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Leng y, de este modo, él mismo está sujeto a la jurisdicción ratione temporis *de la CPI*

El señor West fracasó en prevenir o reprimir la transmisión de su casete a través de Radio Yuggott la cual generó los ataques nocturnos contra los miembros del grupo étnico lengiano. Ambos crímenes, es decir, incitación a cometer genocidio y tentativa de genocidio, tuvieron lugar después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Leng [103]. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el señor West puede ser considerado, conforme al art. 28 (b) del Estatuto de Roma, como penalmente responsable a título individual por la comisión de esos crímenes [104], la CPI tiene jurisdicción *ratione temporis* sobre él.

C) La CPI tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre los actos del señor Herbert West

El Estatuto de Roma criminaliza tanto el genocidio como la instigación a cometer genocidio [105]. Las personas que cometan, ordenen, propongan, induzcan o fracasen en prevenir tales crímenes, serán consideradas penalmente responsables a título individual de los mismos por la CPI [106]. Randolfia afirma que el señor West es penalmente responsable de instigación a cometer genocidio y de tentativa de genocidio.

[101] W. J. Fenrick, art. 28, Responsibility of commanders and other superiors', in O. Triffeter (ed.), *supra* nota 24, " 23.
[102] FENRICK, *supra* nota 101, " 24.
[103] *Compromis* # 9, # 11, # 12.
[104] Ver infra Sección II.C.3.b.
[105] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículos 6 y 25(3)(E)
[106] Estatuto CPI, *supra* nota 13, Artículo 12.

1) El señor West poseía el *mens rea* necesario para la comisión del crimen de genocidio

El *mens rea* específico del crimen de genocidio está constituido por la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal [107].

Tal *mens rea* puede ser inferido, *inter alia*, de todos los actos o expresiones del acusado, o del contexto genocida en que otros culpables son perpetrados sistemáticamente contra el mismo grupo [108]. El mensaje grabado en el casete por el señor West así como el contexto en el que el mismo fue grabado, permiten claramente inferir su dolo genocida, más específicamente, a partir de su exhortación a los miembros del grupo étnico arkamiano a que eliminen a todos los miembros del grupo étnico lengiano. De este modo, resulta claro que el señor West poseía el *mens rea* requerido para el crimen de genocidio.

2) El señor West es penalmente responsable de los actos que recaen dentro de la jurisdicción *ratione materiae* de la CPI, de conformidad con el art. 25 (3) del Estatuto de Roma

a) Los elementos de instigación a cometer genocidio se encuentran presentes en la transmisión del casete del señor West llevada a cabo por los miembros de GALA

El Estatuto de Roma criminaliza la incitación directa y pública con respecto al crimen de genocidio [109], aun si fracasa en producir el resultado esperado por el perpetrador [110]. Incitar "públicamente" significa que el llamado a la acción criminal es comunicado a los miembros del público en general, en particular utilizando medios de comunicación masiva [111]. Claramente, la transmisión radial al público en general del casete del señor West cumple con este elemento. Incitar "directamente" significa que se exhorta concretamente a otra persona a realizar una acción criminal inmediata [112]. Este elemento puede inferirse a partir

[107] *Inter alia*, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277, art. II; ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 6; *Akayesu Case, supra* nota 81, para. 497-499.

[108] *Akayesu Case, supra* nota 81, para. 728.

[109] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 25 (3); K. Ambos, *supra* nota 85, § 26.

[110] *Akayesu Case, supra* nota 81, para. 561—562; *Cf.* A. CASSESE, *supra* nota 47, 198; K. Ambos, *supra* nota 85, " 29.

[111] *Akayesu Case, supra* nota 81, para.556; *Prosecutor v. Georges Ruggiu*, Judgment, Case Nro. ICTR-97-32-I, 1 June 2000, para. 17-22; K. Ambos, *supra* nota 85, § 27-28; K. KITTICHAISAREE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 247 (2001).

[112] *Ibid.*

de las palabras del señor West en el mensaje transmitido, específicamente, cuando exhorta a los miembros del grupo étnico arkamiano a eliminar a todos los lengianos. A nivel subjetivo, "la persona que está instigando a cometer genocidio debe poseer ella misma el dolo específico de cometer genocidio" [113]. El dolo genocida específico de los miembros de GALA puede rastrearse en el mensaje transmitido a través del medio de comunicación que los miembros de GALA controlaban [114].

De este modo, existen fundamentos razonables para considerar que los elementos de instigación a cometer genocidio están presentes en la transmisión del casete del señor West a través de Radio Yuggott.

b) El señor West es penalmente responsable a título individual de instigar a otros a cometer genocidio

Como fuera explicado en mayor detalle [115], resulta claro que el señor West tenía la autoridad *de iure* o *de facto* para ordenar, proponer o inducir la transmisión del mensaje o para prevenirla. Ya sea que esta Corte encuentre que existen fundamentos razonables para considerar que él ordenó, propuso o indujo tal transmisión o que encuentre que falló en prevenirla, igualmente resultaría en que el señor West sea considerado penalmente responsable a título individual de instigación a cometer genocidio. De este modo, la CPI tiene jurisdicción sobre sus actos, de conformidad con los art. 25 (3) (e) y 25 (3) (b) o 28 de su Estatuto.

3) El señor West es penalmente responsable de los actos que caen dentro de la jurisdicción *ratione materiae* de la CPI, de conformidad con el art. 6 (1) del Estatuto de Roma

a) Los elementos de tentativa de genocidio se encuentran presentes en la masacre de miembros del grupo étnico lengiano en numerosos pueblos de Yuggott que comenzó el 16 de mayo de 2003

El Estatuto de Roma criminaliza como genocidio la matanza de miembros de un grupo étnico cometida con la intención de destruir total o parcialmente el

[113] *Akayesu Case, supra* nota 81, para. 560; K. Ambos, *supra* nota 85, " 30.

[114] Compromis # 10, # 11; *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, Judg., Case Nro. ICTR-99-52-T, Dec. 3, 2003, para. 957-969, [de aquí en más *Nihimana Case*]

[115] Ver *supra* Sección II.B.1 y II.B.2.

grupo como tal [116]. Para que una conducta sea considerada como genocidio deben estar presentes dos elementos: *mens rea* y *actus reus* [117].

El *mens rea* específico [118] puede ser inferido a partir de factores tales como la escala de las atrocidades cometidas, su naturaleza generalizada en una región o país o, aún más, del hecho de la selección deliberada y sistemática de las víctimas en razón de su pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en particular [119]. En efecto, "la intención de erradicar un grupo dentro de un área geográfica limitada tal como una región de un país o una municipalidad" también podría ser caracterizada como genocidio [120].

En este caso, tales elementos pueden ser ubicados y permiten demostrar, con fundamentos razonables, el dolo genocida de todos los miembros del grupo arkamiano que participaron en la masacre de miembros del grupo étnico lengiano en Yuggott. Lo que es más, los reportes periodísticos indican que aquellos que tomaron parte en las atrocidades cantaban "Elimínenlos a todos", un elemento adicional que permite determinar que, en efecto, poseían el *mens rea* específico de genocidio.

Con respecto al *actus reus*, se encuentra constituido por la matanza ilegal e intencional de una persona o personas que pertenezcan a un grupo étnico particular [121]. Todos estos elementos están presentes, indudablemente, en la masacre del grupo étnico lengiano que tuvo lugar en Yuggott.

El señor West fue acusado de tentativa de genocidio. Sin embargo, la caracterización como "tentativa" de genocidio no es relevante a los efectos de determinar si la CPI posee o no jurisdicción sobre los actos del señor West, en tanto el mencionado tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre el crimen de genocidio, incluyendo responsabilidad penal a título individual tanto por la efectiva materialización del crimen como por la tentativa de cometerlo [122].

[116] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 6.

[117] Ver en general, A. CASSESE, *supra* nota 47, 98-105; K. KITTICHAISAREE, *supra* nota 111, 71'78; W. Schabas, *Article 6, Genocide*, en O. TRIFFTERER (ed.), *supra* nota 24, 109-115.

[118] *Id. Supra* nota 107.

[119] *Akayesu Case, supra* nota 81, para. 523; *Prosecutor v. Musema*, Judg., Case Nro. ICTR-96-13-A, Trial Chamber I, Sept. 2 1998, para. 166; *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Judg., Case Nro. ICTR-96-3, Trial Chamber I, 6 Dec. 1999, para. 398; A. CASSESE, *supra* nota 47, 100.

[120] *Prosecutor v. Radislav Krstic*, Judgement, Case Nro. IT-98-33-T, Trial Chamber, 2 August 2001, para. 589; A. CASSESE, *supra nota 47, 104.*

[121] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULO 6 (1).

[122] ESTATUTO CPI, *supra* nota 13, ARTÍCULOS 6 (1), 25 (2) and 25 (3)(F).

b) El señor West es penalmente responsable a título individual de tentativa de genocidio

Bajo ciertas circunstancias, la causa de las matanzas y otros actos de genocidio puede ser atribuida a los medios de comunicación, y ello conlleva la responsabilidad penal de aquellos responsables por la comunicación [123]. En este caso, la masacre de la etnia lengiana fue resultante del mensaje de selección de las víctimas por su pertenencia a un grupo étnico que fuera grabado por el señor West y transmitido a través de Radio Yuggott.

Como fue detalladamente explicado *supra* [124], existen fundamentos razonables para sostener, bajo la doctrina de la responsabilidad del superior, que el señor West es penalmente responsable a título individual por "ordenar, proponer o inducir" o por fallar en prevenir la transmisión de su casete a través de Radio Yuggott que resultó en la masacre de lengianos en Yuggott, que fuera caracterizada como genocidio.

Por lo tanto, siguiendo el más reciente precedente del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a este respecto [125], existen fundamentos razonables para considerar al señor West penalmente responsable de tentativa de genocidio, y sus actos entonces caen dentro de la jurisdicción *ratione materiae* de la CPI, de conformidad con los art. 6 (a) y 25 (3) (b) ó 28 del Estatuto de Roma.

III) PETITORIO

Por las razones precedentes, sírvase esta Corte juzgar y declarar:

I. Que la decisión de Randolfia de entrega al señor Joseph Curwen a la custodia de la Corte Penal Internacional es consistente con el derecho internacional y, sobre esta base, rechazar la solicitud de reparación del Demandante con respecto al señor Curwen.

II. Que la decisión de Randolfia de entrega al señor Herbert West a la custodia de la Corte Penal Internacional es consistente con el derecho internacional y, sobre esta base, rechazar la solicitud de reparación del Demandante con respecto al señor West.

En respetuosa presentación ante la Corte Internacional de Justicia.

El Estado de Randolfia

[123] *Nahimana Case, supra* nota 114, para. 952.
[124] Ver *supra* Sección II.B.1. y II.B.2.
[125] *Nahimana Case, supra* nota 114, para. 973.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, COMENTADO Y CONCORDADO

(Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003)

CARLOS F. BALBÍN (Director)

La falta de un código contencioso administrativo a nivel nacional ha traído innumerables complicaciones tanto para el ejercicio de la profesión como para el desempeño de la tarea judicial, toda vez que tal carencia exigió esfuerzos extras en la aplicación adecuada de normas supletorias que, claro está, no fueron pensadas precisamente para atender las particularidades propias del litigio en que el Estado es parte.

En ese sentido, también ha sido función del Juez completar los espacios que la situación descripta conlleva y, por supuesto, eso supuso también que en los distintos juzgados o en las distintas salas difiera el criterio y variara (aunque sea someramente) el proceso judicial.

Es por tal motivo un acierto la creación del Código Contencioso Administrativo y Tributario en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Sin perjuicio de ello, la experiencia práctica indica que para el desarrollo armónico del proceso, no basta la compilación de normas, siendo realmente importante la interpretación que de ellas se realiza para su aplicación.

El Código Contencioso Administrativo y Tributario, comentado y concordado bajo la dirección del Dr. Balbín, constituye la herramienta imprescindible a los efectos de lograr precisamente esa interpretación de la norma en el sentido de asegurar el acceso de todos a la justicia en condiciones de igualdad, tal como el propio Director destaca en su prólogo.

Es que, en ese orden de ideas, no puede dejar de advertirse que la obra en comentario fue realizada en su totalidad por magistrados, funcionarios y empleados del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Su especialización en la materia, con la dedicación y experiencia de los Dres. Carlos F. Balbín, Pablo C. Mántaras, Paula A. Saba, Nélida M. Daniele, Osvaldo O. Otheguy, Alfredo A. Kersman, Juan V. Cataldo, Alejandra Petrella, Fernando E. Juan Lima, Inés M. Weinberg, Mariana Pucciarello, Fernando Cesari, Gustavo D. Moreno, Norma Beariz Sas, Aurelio Ammirato, Pablo Tripoli, Sebastián

Picasso, Laura Dané, Roberto A. Gallardo, Lidia E. Lago, Gabriela Seijas, Vicente Pérez Fernández, Fernando Lodeiro Martínez, María Lorena González Castro Feijoo, Daniela B. Ugolini, Alfredo S. Guzmán, Eduardo Russo, Analía H. Mas, Patricia G. López Vergara, Juan M. Converset, Jorge L. Bullorini, Guillermo F. Treacy, Mariano Pico Terrero, María V. Ramírez, Fabiana Schaffrik, Pablo A. De Giovanni, Darío E. Reynoso y Esteban Centanaro, aportan las respuestas que descubren el verdadero alcance del Código Procesal, convirtiéndolo en una invaluable guía para aquellos que se encuentran en posición de litigar contra la administración local.

En su estructura, el Código Comentado contiene un profundo análisis teórico práctico, a continuación de cada artículo, con la explicación detallada de las cuestiones que la norma aborda, sus antecedentes, las opiniones o debates doctrinarios a los que hubiera dado lugar, más la cita y el análisis de la jurisprudencia relativa.

En punto a las explicaciones brindadas, la obra contiene definiciones precisas que revelando la opinión de los autores brindan pertinentes aclaraciones que se complementan con el análisis de las reflexiones doctrinarias respectivas.

Debe destacarse, asimismo, el extenso trabajo de investigación que se desprende de aquélla, y que se advierte también en la recopilación y análisis de los antecedentes normativos de cada cuestión analizada, integrando el estudio con la comparación pertinente de aquéllos, de normas locales, federales e internacionales. Cabe advertir, en ese aspecto, que es frecuente en la obra la remisión y consideración de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de las leyes locales y federales que se vinculan a los temas abordados y de los Tratados Internacionales pertinentes.

Es igual de completo el estudio de los casos jurisprudenciales que se refieran a la norma, y que también incluye precedentes tanto a nivel local como federal, integrando el trabajo con una perfecta visión de la materialización de los principios que la ley introduce.

Nota aparte merecen las nociones relativas a la práctica procesal que por su experiencia profesional ofrecen los autores. Su valor se desprende de la sola consideración de las funciones que aquéllos desempeñan, resultando palmaria la importancia que conllevan los datos que en ese sentido aportan —nadie puede ignorar la consabida consulta de los litigantes en relación con los criterios de cada Tribunal en el desarrollo práctico del proceso.

En efecto, por contener el Código Comentado el desarrollo íntegro de las normas aplicables en el proceso en que el gobierno local sea parte (aun de las leyes de procedimientos específicos que exceden el articulado), con más las interpretaciones doctrinarias y las soluciones judiciales aplicables, simplifica ampliamente el ejercicio de la profesión y el desarrollo de la tarea judicial, brindando el más completo panorama para la resolución de las cuestiones que en la práctica del proceso se plantean.

Por los aspectos expuestos, la obra excede ampliamente la idea de un comentario, transformándose, en mérito a su calidad y extensión, en un verdadero tratado del proceso contencioso administrativo y tributario en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, del que no podrá válidamente apartarse aquel que decida litigar con el gobierno local.

ANALÍA CONDE

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
(Serie de legislación comentada, LexisNexis, Buenos Aires, 2004)

AGUSTÍN GORDILLO (Director)

Nuevamente, el Dr. Gordillo nos sorprende como director de una obra colectiva que encara un agudo estudio del Régimen Nacional de Procedimiento Administrativo y del régimen local estatuido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se efectúa un cuidadoso análisis y comparación de la normativa, agregando a cada artículo valiosos comentarios de especialistas en esta rama del derecho, indicando, además, importantes fallos judiciales y la interpretación que ha dado la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación a cada tema en cuestión.

El director de la obra, que ha contribuido con numerosos trabajos sobre la especialidad en derecho administrativo, en esta oportunidad —y con la colaboración de un importante equipo de trabajo, y principalmente de los Dres. Mabel Daniele, Osvaldo Siseles, Diego Sarciat, Mario Rejtman Farah, Gregorio Flax y Rosaura Cerdeira—, en forma clara, analiza y explica el procedimiento administrativo estatuido por el decreto-ley 19.549/1972 y por la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los autores abordan el procedimiento administrativo, puntualizando, por un lado, las facultades y obligaciones de la administración y, por otro, los derechos de los particulares, respondiendo por completo importantes interrogantes que se dan en el trascurso de la práctica profesional.

Como nos tiene acostumbrados el director de la obra, no se encuentra ausente la crítica a la aplicación de las normas efectuada por la administración y a la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales.

La obra es producto de la experiencia desarrollada en la diaria labor profesional y docente de quienes participan en ella. Se trata de un aporte doctrinario significativo que tiene todo lo necesario para convertirse en obra de consulta de profesionales, de quienes deban interactuar con la administración pública y para los funcionarios que pretendan actuar conforme a derecho.

Los autores profundizan en el estudio de cada título de la ley citando abundante jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal y contencioso administrativo tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin omitir la doctrina elaborada por la Procuración del Tesoro de la Nación.

El enfoque aplicado de cada uno de los temas busca garantizar los derechos de los administrados.

En lo referido a los "Principios del Procedimiento Administrativo", se efectúa una clara delimitación de cada uno de ellos.

"La vista de la actuaciones" es analizada con profundidad, se enfoca el tema como una garantía que tiene el administrado para conocer los actos de gobierno y su vinculación con el derecho de defensa en juicio. Explican los efectos del pedido de vista, quedando claro cuando se interrumpen o no los plazos y la forma en que deben contarse los mismos, para interponer los diversos recursos administrativos previstos por la ley.

Profundizan acerca de la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria del acto, explican ambos conceptos y sus alcances. Continúan con la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa, los requisitos para su procedencia y la suspensión de los efectos del acto en sede judicial. Se critica la proliferación de requisitos y trabas al otorgamiento de medidas cautelares contra los actos administrativos lesivos de derechos. Se sostiene que la medida cautelar autónoma es un indudable progreso en materia de tutela judicial efectiva frente a las prerrogativas de la Administración; no obstante se propone que el conflicto se resuelva reconociéndose el efecto suspensivo del recurso administrativo contra el acto que agravia al administrado.

Se efectúa una reseña doctrinaria acerca de la teoría de la nulidad del acto, con abundante jurisprudencia sobre sus efectos.

En lo relativo a la impugnación judicial de actos administrativos, se sostiene que el acto administrativo no es más el eje del proceso en tanto el sistema se centra en las pretensiones procesales del individuo, y no en el acto impugnado. La competencia contencioso-administrativa se entiende vinculada a la invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo regido por el derecho administrativo, y no a la naturaleza administrativa del acto impugnado. Se concluye que lo que determina la competencia son las reglas de fondo que rigen el caso.

En el título referente a la "Prueba" se advierte acerca de las diferencias con el proceso judicial, aconsejándose la producción privada de la prueba como medio para contrarrestar la inactividad de la administración en la búsqueda de la verdad material.

En definitiva, a partir del análisis y comparación de ambos procedimientos, cada título de la normativa comentada contiene un importante aporte a la defensa de los derechos de los administrados.

MARÍA EUGENIA DONNARUMMA