

SECCIÓN V

DESPUÉS DE LA REFORMA DEL ESTADO

Después de la reforma del Estado (1998)

CAPÍTULO I: El estado actual del derecho administrativo	623
CAPÍTULO II: La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión.....	651
CAPÍTULO III: La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios	669
CAPÍTULO IV: El contrato de crédito externo.....	685
CAPÍTULO V: Emergencia residual en la deuda pública interna	687
CAPÍTULO VI: Legalidad y urgencia en el derecho administrativo.....	709
CAPÍTULO VII: El informalismo y la concurrencia en la licitación pública ...	723
CAPÍTULO VIII: Desregulación y privatización portuaria.....	747
CAPÍTULO IX: La validez constitucional del decreto 2284/91	763

ARTÍCULOS Y NOTAS A FALLO

<i>Las tarifas en los servicios públicos privatizados. El régimen de audiencias públicas (2003).....</i>	771
<i>Ninguna clase de hombres... (Horvath, CSJN, LL, 1995-D, 718).....</i>	783
<i>El caso de los bonos “duplicados” y “apócrifos” (Caja de Valores S.A., CSJN, LL, 1995-D, 300)</i>	787
<i>¿No al informalismo y desregulación aduanera? (Glaxo, CNFed CA, sala III, LL, 1995-D, 316).....</i>	789

<i>¿El decreto como fuente en materia de ahorro obligatorio? (Rodhel, CN-Fed CA, sala II, LL, 1995-D, 768)</i>	791
<i>Un viejo voto en disidencia en materia de ahorro obligatorio (Argal, CN-Fed CA, sala II, LL, 1995-D, 770)</i>	793
<i>Intrusos y ex concesionarios en inmuebles del Estado (FE.ME.SA., CN-Fed CA, sala III, LL, 1995-E, 491).....</i>	795
<i>Las suspensiones de juicios (Rosso, CNFed CA, sala II, LL, 1996-A, 643). 797</i>	
<i>Por un formulario (War Car S.A., CSJN, LL, 1996-C, 436)</i>	799
<i>¿Existe futuro después de la convertibilidad? (TIM, CNFed CA, sala I, LL, 1997-F, 708)</i>	801

DESPUÉS DE LA REFORMA DEL ESTADO
(1998)

CAPÍTULO I

EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Introducción.....	625
2. El <i>statu quo ante</i>	627
2.1. Intervencionismo. Regulación	627
2.2. Nacionalizaciones.....	627
2.3. Administración del desarrollo económico y social	627
2.4. Los intentos de planificación	628
3. Génesis y desarrollo de la crisis	628
3.1. El parasistema administrativo.....	628
3.2. La administración paralela	628
3.3. La crisis de seguridad.....	629
3.4. La crisis de la justicia	630
3.5. Servicios públicos y poder de policía: Su crisis.....	630
3.6. La revolución tecnológica	630
3.7. Los recursos naturales.....	631
3.8. La crisis económica	631
4. El nuevo modelo mundial y local.....	634
4.1. Lineamientos iniciales.....	634
4.2. El sistema legislativo a partir de la emergencia	636
4.3. La derogación por decreto de leyes intervencionista	638
4.4. Los reglamentos de necesidad y urgencia.....	639
5. Reformas pendientes	641
5.1. La protección del usuario.....	641
5.2. La regulación de nuevos contratos.....	642
5.3. Una nueva legislación contractual.....	642
5.4. Los controles de la actividad privatizada	642
6. El procedimiento de audiencia pública.....	642

6.1. La audiencia pública, como parte del debido proceso	643
7. La etapa de preaudiencia	645
7.1. El desarrollo de la preaudiencia	646
7.2. Presentación de escritos y documentos previos	646
7.3. Notificaciones privadas	647
7.4. Prueba testimonial anticipada por escrito	647
7.5. Criterio de admisión de la prueba	647
7.6. Ordenamiento preliminar de la audiencia	648
8. La etapa de audiencia	648
8.1. La instrucción	648
8.2. Producción, de prueba en la audiencia.....	648
8.3. No preclusión procesal.....	648
8.4. Carga de la prueba.....	649
8.5. Control de la prueba	649
8.6. ¿Pruebas secretas o reservadas?	649
8.7. Preguntas y repreguntas de las partes	650
8.8. Decisión tomada sin audiencia pública	650

Capítulo I

EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO¹

1. Introducción

Para quien ha tenido oportunidad de referirse al “presente y futuro del derecho administrativo”² parecería prudente la sola reflexión acerca del “estado actual del derecho administrativo.”

Sin embargo, decir al mismo tiempo que un cambio se está produciendo y cuál es él, resulta a la postre casi tan azaroso como hablar del futuro. Es así como ya dos veces en el último par de años tuve oportunidad de hablar del “presente”³ y en cada ocasión pude decir o destacar algo diferente.

En todo caso, el comienzo es fácil: Para hablar del estado *actual* del derecho administrativo resulta inevitable referirse al *pasado* no sólo mediato (antes de la reforma del Estado) sino también inmediato (los primeros tiempos de la reforma), de lo cual hay muchísimo escrito.⁴

¹ Conferencia pronunciada en ocasión de recibir el nombramiento como profesor honorario de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 3-IX-1993.

² “Presente y futuro del derecho administrativo en Latinoamérica” en el libro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Bogotá, 1978, p. 24 y ss. Habíamos incursionado antes en el tema en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Macchi, 1974, cap. II: “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo.” [Actualmente está tratado en el t. 1 de esta nueva colección, 1ª ed., 2014.]

³ “Las tendencias actuales del derecho administrativo” en el libro colectivo *Las tendencias del derecho*, México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991; “Panorama del actual derecho administrativo argentino” en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXII, enero-junio de 1991, Montevideo, Uruguay, 1991, n° 1-2, pp. 18-313.

⁴ Ver: HUTCHINSON, BARRAGUIRRE y GRECCO, *Reforma del Estado. Ley 23.696*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990; GUILLERMO E. FANELLI EVANS, *La concesión de obra pública. La reforma del Estado (nueva legislación)*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989; RODOLFO C. BARRA, “La concesión de obra pública en la ley de reforma del Estado,” en la revista *Régimen de la Administración Pública*, año 12, Buenos Aires, 1990, n° 126, p. 9 y ss.; las diversas contribuciones al libro *Primer seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y desregulación*. Agosto 9-XI-1989, misma editorial, Buenos Aires, s/d, y sus referencias; CARLOS MENEM y ROBERTO DROMI, *Reforma del Estado y transformación nacional*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990;

Pero como el cambio continúa operándose tanto en la normativa como en la jurisprudencia, en la realidad como en la doctrina, aun la referencia al presente seguirá teñida hasta del pasado inmediato y resultará de inevitable modificación en el futuro próximo. Ni qué decirlo, también influyen la propia evolución del proceso político, alineamientos y realineamientos de fuerzas, reevaluaciones más optimistas o pesimistas del pensamiento político, etc.

Sigue, pues, escribiéndose mucho sin poderse claramente diferenciar sub etapas: Pasado inmediato y presente continúan imbricados y todavía unidos y entrelazados en lo también mucho escrito más recientemente.⁵

Empezaremos aquí por la parte final del pasado mediato (antes de la reforma y lo que de aquél aún subsiste después de ésta), seguiremos con el pasado inmediato (el ya terminado tiempo de la emergencia) y lo que de él se trasvasa al presente y continúa en el futuro inmediato.

Bastaron pocos años para desmentir que la emergencia había terminado. Ver el cap. de la Sección I de este t. 11.

GUSTAVO E. E. PINARD, "La reforma del Estado," *JA*, 18-VII-1990, 12; JUAN OCTAVIO GAUNA, "Ejercicio privado de funciones públicas," *LL*, 1990-D, 1203; GUILLERMO E. FANELLI EVANS, "La privatización de los ferrocarriles nacionales," *LL*, 1990-D, 1281; GUSTAVO ARIEL KAUFMAN, "La suspensión de subsidios en la ley de emergencia económica," *LL*, 1990-C, 761 a 770; LIRA BERNARDINO BRAVO, "La ley extra-parlamentaria en Argentina 1930-1983: Leyes y decretos-leyes," *LL*, 1990-C, 1193; HÉCTOR R. TREVISÁN, "Reflexiones sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras," *LL*, 1990-A, 781 a 784; MARTÍN R. BOUREL, "Nuevo régimen de inversiones extranjeras en la Argentina," *LL*, 1990-A, 920 a 923; MIGUEL ÁNGEL EKMERDJIAN, "El instituto de la emergencia y la delegación de poderes en las leyes de reforma del Estado y de emergencia económica," *LL*, 1990-A, 1125 a 1129; GUILLERMO E. FANELLI EVANS, "El control en las privatizaciones y concesiones," *LL*, 17-VII-1990, 3; JUAN CARLOS CASSAGNE, "La transformación del Estado," *LL*, 8-XI-1990, 1 a 3; NÉSTOR PEDRO SAGUÉS, "Derecho constitucional y derecho de emergencia," *LL*, 18-IX-1990, 1 a 7; CRISTIAN J. P. MITRANI, "Privatización: Métodos y cuestiones jurídicas," *LL*, 5-X-1990, 1 a 2; HORACIO RUIZ MORENO, "La emergencia a la luz de nuestra Constitución," *LL*, 6-XI-1990, 1 a 3; etc.

⁵Numerosísimos trabajos recientes analizan este proceso de transformación; tan sólo en la *Revista de Derecho Administrativo*, desde su nacimiento: HÉCTOR MASNATTA, "En torno a «privatización y desregulación» en la Argentina. Presente y futuro," Buenos Aires, 1989, n° 2, p. 301 y ss.; PEDRO ABERASTURY (h.), "Reglamentos de necesidad y urgencia en el actual proceso de democratización," n° 2, p. 502 y ss.; CARLOS R. S. ALCONADA ARAMBURÚ, "Rol del Estado en la economía: privatización desregulación; nacionalización; estatización," n° 3, 1990, p. 85 y ss.; RODOLFO CARLOS BARRA, "La transformación del Estado y el Poder Judicial," n° 4, 1990, p. 2-17 y ss.; CARLOS MANUEL GRECCO, "Potestad tarifaria control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de Entel)," n° 5, 1990, p. 481 y ss.; GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, "Reglamentos de necesidad y urgencia," n° 5, 1990, p. 519 y ss.; JORGE A. S. BARBAGELATA, "¿Emergencia moral o económica frente a los reclamos contra el Estado?," n° 5, p. 625 y ss.; ALBERTO B. BIANCHI, "De las leyes «de facto» en los gobiernos «de jure»," n° 5 p. 649 y ss.; RODOLFO CARLOS BARRA, "La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización," n° 6, p. 17 y ss.; JUAN CARLOS CASSAGNE, "La desregulación de actividades dispuesta por el decreto 2284/91," n° 7-8, p. 379 y ss.; ARMANDO N. CANOSA, "El proceso de desregulación," n° 7-8, p. 579 y ss.; HÉCTOR M. A. POZO GOWLAND, "Las leyes y decretos de necesidad y urgencia ante la Constitución nacional," n° 7-8, p. 527 y ss. Existe desde luego una abundantísima bibliografía adicional, alguna de la cual mencionamos más adelante en el § 4.2. En todos ellos existen más referencias bibliográficas contemporáneas, por lo que un solo folleto podría ya confeccionarse con la mera lista bibliográfica actualizada, tarea que sin duda excede a este trabajo.

Forzosamente, haremos un análisis de temas puntuales, remitiéndonos a trabajos análogos para otros aspectos del presente.⁶

2. *El statu quo ante*

Desde fines del siglo pasado hasta la década de los años 80 se fueron constituyendo los principios del derecho público que hemos recibido como una expresión mayoritaria y pacífica de la concepción política, social y jurídica del Estado.⁷

El *statu quo* del liberalismo decimonónico pasó a ser sustituido por el nuevo *statu quo* del Estado social de derecho o Estado de bienestar.

2.1. *Intervencionismo. Regulación*

El intervencionismo en la economía era uno de los principios adoptados pacíficamente en la Europa de fines del siglo pasado [XIX] y primera parte del presente [XX].⁸ Se dictaron leyes reguladoras de la actividad económica, algunas fundadas en la emergencia (leyes de moratoria hipotecaria, prórroga de alquileres; leyes reguladoras de la carne, el vino, los granos, etc.) y otras no (correos, puertos, etc.)

2.2. *Nacionalizaciones*

Las nacionalizaciones de fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX en Europa fueron en la Argentina las nacionalizaciones de las postrimerías de ese primer medio siglo.⁹

2.3. *Administración del desarrollo económico y social*

El doble sistema de regulación desde afuera de la actividad económica e intervención desde adentro como agente de producción pasó a ser un dato normal; es

⁶ Los ya citados *Las tendencias actuales del derecho administrativo*, México, 1991, y *Panorama del actual derecho administrativo argentino*, Montevideo, 1991. También nuestros artículos "La validez constitucional del decreto 2281/91," en el *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, n° 1, noviembre de 1991; "La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por la concesión. Aspectos comunes, en Iniciativa privada e servicios públicos," separata de la *Revista de Derecho Público*, San Pablo, abril-junio de 1991, vol. 98, pp. 9-17; "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública," en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1992, n° 11, pp. 293 a 318; "Desregulación y privatización portuaria," en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1993, n° 9, pp. 31-46.

⁷ Principios que hemos recogido en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Macchi, 1974, cap. I. [Hoy 1ª ed. del t. 1 de este tratado.] También en nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, cap. I. [Hoy t. 8 de esta colección.]

⁸ Nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, "Introducción," p. 15 y ss. [aquí Libro II de la Sección III]; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi. [Aquí está como Libro I del t. 9.]

⁹ Nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. II, p. 57 y ss.

la época de la administración del desarrollo económico y social, de las agencias o corporaciones de desarrollo.¹⁰

2.4. *Los intentos de planificación*

Quizá como exponente máximo se podría mencionar el intento de crear sistemas de planificación del desarrollo económico y social,¹¹ aunque sin la suficiente convicción.¹²

3. *Génesis y desarrollo de la crisis*

Aquel intervencionismo se fue hipertrofiando hasta finalmente distar de ser siempre no ya eficaz sino incluso razonable.

El proceso se repitió a las postrimerías de la primera década del siglo XXI.

3.1. *El parasistema administrativo*

La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del sistema regulatorio llevó a su incumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social de los particulares y de la administración pública.

Se produce algo parecido al fenómeno que en algunas sociedades se denomina como derecho no estatal y que nosotros hemos denominado parasistema jurídico y administrativo.¹³

3.2. *La administración paralela*

Tampoco la estructura administrativa formal coincide con aquella que funciona; en el caso anterior como en el presente, es el *quantum* de la distancia entre la norma y la realidad lo que diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos desarrolladas.

¹⁰ Nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. V, p. 119 y ss.

¹¹ Tema, éste, al cual dedicamos sucesivamente tres obras: *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, 1967, ed. de la O.E.A.; *Planificación, participación y libertad*, México y Buenos Aires, Macchi y Alianza para el Progreso, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981. [Hemos seleccionado y anotado algunos materiales de ese pasado, en el Libro I se la Sección II de este t. 11.]

¹² Ver *Introducción al derecho de la planificación*, *op. cit.*, “Prólogo,” pp. 5 y 6.

¹³ Nos remitimos a nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Cívitas, 1982. [Hoy Libro II del t. 6.] Hay traducción italiana bajo el título *L'amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987. [Comentado en “Parole lette come introduzione al seminario sul libro «L'Amministrazione Parallela» nell'Università Bocconi,” Milán, 2013.] En igual sentido: YADH BEN ACHOUR, *Cours de droit administratif*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Económicas de Túnez, Túnez, t. I, 1980, pp. 49 y 50. Posteriormente la literatura se ha extendido, sobre todo en el tema económico y fiscal. Ver, por ejemplo: HERNANDO DE SOTO, *El otro sendero. La revolución informal*, Buenos Aires, Sudamericana, 1987; ADRIÁN GUISSARRI, *La Argentina informal*, Buenos Aires, Emecé, 1989; ALEJANDRO PORTES, *La economía informal*, Buenos Aires, Planeta, 1990.

La diferencia cuantitativa supera en algún momento el umbral de lo cualitativo.¹⁴ Son tantas las diferencias entre el sistema formal y la realidad, como para que ya no se pueda hablar de meros incumplimientos al sistema, sino que se deba pensar en la existencia de un sistema paralelo, de una administración paralela.¹⁵ Algunas cosas del pasado han cambiado; ésta, ciertamente, no.

3.3. *La crisis de seguridad*

En este sistema y normatividad paralelos se debe computar también la crisis que tuvo en nuestros países el sistema de la seguridad personal, tanto desde el ángulo de la subversión como de la represión. La acumulación de ambos factores lleva a que el Estado que debiera tutelar la seguridad no solamente no la aseguraba sino que la transgredía sistemáticamente,¹⁶ y en algunos casos todavía la transgrede.

Al margen de las consideraciones que sobre esto cabe hacer en materia de derechos humanos, lo cierto es que este masivo incumplimiento normativo constituye un ingrediente más de la virtual disolución del Estado como lo concibieron los pensadores del siglo pasado.

La trasgresión sistemática por el Estado a su propio derecho lleva a la creación de un derecho supranacional y organismos supranacionales de control,¹⁷ cuya aceptación por el Estado constituye un principio que luego tendrá aplicación también en el campo de la integración económica subregional.

Si bien se ha producido un importante avance en la materia, hasta ejemplificado por una abundantísima doctrina nacional,¹⁸ el progreso en el derecho interno se

¹⁴O como decía MASSIMO SEVERO GIANNINI, "Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia," Milán, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1959, p. 323, es indubitable "que en el campo jurídico la variación cuantitativa redundaba en mutación cualitativa."

¹⁵Ver la remisión de la nota precedente.

¹⁶Para una descripción ver RUBÉN A. SOSA RICHTER, "Función y violación de los derechos humanos en la posguerra (El caso argentino)," Buenos Aires, La Ley, 1990.

¹⁷Ver nuestro artículo "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno," *LL*, 17-IV-1990, reproducido como cap. II de nuestro libro *Derechos humanos, op. cit.*, p. 43 y ss. Como explica ATALIBA NOGUEIRA, es uno de los signos que acompaña el colapso de la idea corriente de Estado: "O perecimento do Estado," *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1971 pp. 24 y 25. Ver también, del mismo autor, "Lições de teoria geral do Estado," *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1969, pp. 46-67. [El tema será tratado en el tomo *Hacia el derecho administrativo global*.]

¹⁸Nuestro libro *Derechos humanos. Doctrina, casos y materiales. Parte general*, Buenos Aires, FDA, 1990, reimpresión 1992; JONATHAN M. MILLER, MARÍA ANGÉLICA GELLI, SUSANA CAYUCO y otros, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991; DANIEL E. HERRENDORF y GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991; MIGUEL M. PADILLA, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986-7; JUAN CARLOS HITTERS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, 1991; MARCELO A. SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988; CARLOS E. COLAUTTI, *El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los derechos humanos*, Buenos Aires, Lerner, 1989; HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE, *Los derechos humanos y las garantías*, Buenos Aires, Zavalía, 1988; EDUARDO ANGEL RUSSO, *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1992; EDUARDO RABOSI, *La carta internacional de derechos humanos*,

ve frenado por una limitante casi estructural: La crisis del sistema judicial. No está, pues, resuelto el problema, pero se debe apuntar como un sustancial progreso el reconocimiento por la Corte Suprema de Justicia de la supranacionalidad operativa de ambos sistemas, el de derechos humanos y el económico.

3.4. *La crisis de la justicia*

El sistema judicial fue acumulando un siglo de deterioro progresivo, lo cual sin duda agregó a la crisis generalizada del sistema. Esta tendencia no ha tenido punto alguno de inflexión en el presente y continúa siempre empeorando.¹⁹

3.5. *Servicios públicos y poder de policía: Su crisis*

Era también evidente, para mí, que se había creado toda una mitología peligrosa e inútil, alrededor de viejas nociones como “servicios públicos”²⁰ y “poder de policía,”²¹ que acompañó el proceso de deterioro del Estado, torciendo en favor de la autoridad el equilibrio entre autoridad y libertad.²²

Sin embargo, la doctrina ha sido reacia a reconocerlo,²³ y seguramente con el tema del control de los servicios privatizados aparecerán quienes se sientan vindicados en tal tesitura.

3.6. *La revolución tecnológica*

Al propio tiempo que un mundo se desmorona, la revolución tecnológica constituye una modificación comparable a la revolución industrial.²⁴

Buenos Aires, Eudeba, 1987; GENARO CARRIÓ, *El sistema americano de derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

¹⁹ Hemos tratado el tema en nuestro libro *Derechos humanos, op. cit.*, cap. V; ver también RAFAEL BIELSA; comparar ROBERTO DROMI, Los jueces ¿Es la justicia un tercio del poder?, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1992.

²⁰ La exposición de esta crisis, en nuestro país, la realizamos entre otros libros en el *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Macchi, 1975, reimpresión 1986, cap. XIII. En el derecho comparado ver, entre otros, JEAN-LOUIS DE CORAIL, “La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français,” *L.G.D.J.*, París, 1954.

²¹ Quien primero expuso la crisis fue WALTER ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche y Universitätsbuchhandlung, 1954, p. 288 y ss. La desarrollamos en nuestro *Tratado*, t. 2, *op. cit.*, cap. XII. Una refutación a la crisis, que hemos contestado, en CLOVIS BEZOS. “Poder de policía,” *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1971.

²² Lo planteamos en nuestro *Tratado, op. cit.*, t. I, cap. III, § 1.

²³ Recientemente ISMAEL FARRANDO, “Poder de policía y derecho público provincial,” en el libro colectivo *Derecho público provincial*, t. II, Mendoza, Depalma, 1991, p. 275 y ss.

²⁴ La bibliografía es vasta. Ver, entre otros, SHOSHANA ZUBOFF, *In the age of the smart machine. The future of work and power*, Nueva York, Basic Books, 1988.

3.7. *Los recursos naturales*

La convicción acerca de la riqueza de los recursos naturales,²⁵ que tanta elaboración recibiera,²⁶ fue dando paso a la convicción no sólo de que eran agotables o no renovables, sino que ni siquiera aseguraban *per se* la riqueza de una nación.

3.8. *La crisis económica*²⁷

La crisis económica opera como elemento detonante del sistema: Situación de endeudamiento externo²⁸ no ya coyuntural²⁹ sino estructural, recesión sistemática, el fantasma constante de la hiperinflación, el desajuste estructural de las cuentas fiscales, la quiebra virtual del aparato del Estado.

En realidad, la crisis se venía perfilando desde 1960 y profundizando desde 1970: Una persistente declinación en el ahorro y la inversión los llevan a fines de la década de los años 80 a la mitad del nivel de la década de los 70; el producto bruto *per capita* es en este momento un 26 % más bajo que en 1974; el ingreso *per capita* cayó a un ritmo del 1,7 % anual continuadamente desde 1975 a 1985.³⁰

La deuda externa creció sin pausa desde 1970.³¹ En verdad, desde 1973 el déficit presupuestario se hace crónico en casi toda el mundo: La insuficiencia de recursos del sector público se solventaba con más déficit presupuestario, más endeudamiento, más emisión, más inflación.

La década de 1970-1980 contuvo así lo que algunos llamaron “la peor crisis económica del país en este siglo.”³²

²⁵ U otros excedentes por bonanzas históricas que son manejados con mentalidad de “Estado rico.” BONEO, *op. cit.*, p. 32 y ss. Sobre el “potencial económico excepcionalmente apto” del país ver ALDO FERRER, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, Buenos Aires, F.C.E., 1977, p. 119. [La historia se repite, una vez más, a comienzos del siglo XXI.]

²⁶ Recientemente el enjundioso trabajo de JOAQUÍN LÓPEZ, “Los recursos naturales, la energía y el ambiente en las constituciones de las provincias argentinas,” en el libro colectivo *Derecho público provincial*, t. III, Mendoza, Depalma, 1993, p. 1 y ss.

²⁷ Nos hemos referido al tema en “La emergencia económica y administrativa argentina,” en el libro de homenaje al profesor EDUARDO ORTIZ, San José, Costa Rica, en prensa.

²⁸ Sobre, algunas de sus particularidades ver GERALDO ATALIBA, “Empréstitos públicos e seu regime jurídico,” *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1973, y nuestro artículo, “El contrato de crédito externo,” *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, n° 97, pp. 423-449, reproducido en el libro de la A.A.D.A., *Contratos administrativos. Contratos especiales*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226.

²⁹ Lo que nació bajo el rótulo benevolente de *Foreign Aid* —ayuda externa— se transforma, así en *Foreign Debt* —deuda externa—. Es algo más que un cambio semántico. Para una discusión de los orígenes ver JAGDISH BHAGWATI y RICHARD S. ECKAUS, *Foreign Aid*, Penguin, Bungay, Suffolk, 1970.

³⁰ RUDIGER DORNBUSCH y JUAN CARLOS DE PABLO, *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988, p. 11.

³¹ DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 45 y ss. Al comienzo los bancos prestaban, aun solo para financiar los préstamos viejos, sin inconvenientes.

³² “The Economist,” *Argentina: A Survey*, 26 enero 1980, p. 11 y ss., p. 19 y ss.

La siguiente década de 1980-1990 cerró con una inflación de 3,36 millones de veces, y tres años seguidos de profunda recesión, con la imposibilidad material sistemática del Estado nacional de hacer frente tanto a sus obligaciones legales³³ como contractuales de pago.

Ya el endeudamiento externo se venía acelerando desde 1978,³⁴ y ante la crisis del sistema financiero a partir de 1980³⁵ el Estado resuelve transformar deuda privada en deuda pública externa.³⁶

Súmese a ello el costo de la guerra³⁷ y es fácil advertir cómo tales efectos acumulativos llevan la deuda externa a su crisis terminal en 1980-1982.³⁸

La respuesta estatal fue todavía de más intervencionismo,³⁹ conforme al esquema clásico. Pero es así como ya durante veintiocho años consecutivos el Estado no moviliza recursos para pagar la deuda y ella alcanza entonces en 1989, por

³³ Por ejemplo las que surgen de la ley 19.597 para ciertos productos estacionales. Las palabras de uno de los empresarios afectados al entrar en quiebra (uno más entre varios) fue “que la crisis actual [...] no es ni la más larga, ni la más profunda, ni la más grave: Es la crisis terminal de la actividad.” (Ing. JORGE DE PRAT GAY, *La Gaceta*, 13-XII-90.) Algo similar se puede decir del Estado a fines de la década del 80 cuando ya no puede prestar ni siquiera los servicios que ADAM SMITH preconizaba.

³⁴ Por ejemplo con lo que resultó una desastrosa política de avales estatales a inversiones privadas de riesgo en obra pública: DOMINGO CAVALLO, *Economía en tiempo de crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989, p. 20 y ss., p. 208. Algunos autores remontan el aumento constante de la deuda externa más atrás, otros lo hacen nacer en 1980; DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 68. En todo caso, el colapso del programa de MARTÍNEZ DE HOZ es público en marzo de 1981, *op. cit.*, p. 64.

³⁵ DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 65 y 66. Se produjeron quiebras y múltiples intervenciones y liquidaciones por el Banco Central de la República Argentina, ratificadas o autorizadas por los decretos-leyes 22.267/80 y 22.229/80, que llevaron a mayor endeudamiento del Estado para enjugar las pérdidas del sistema, por ejemplo el decreto-ley 22.510/81; Todo ello sumado a numerosas y cambiantes resoluciones del B.C.R.A. Para una descripción de este *plateau* 1980-1982 de la crisis previa, ver HORACIO TOMÁS LIENDO (h.), *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1990, pp. 142-149.

³⁶ LIENDO, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

³⁷ La vinculación de la guerra con la crisis que se desata o acelera en la deuda externa es explicada en CRISTINA NOEMÍ BERZ, ESTELA DIANA SOSA y LUIS ADRIÁN GALLARDO, *Deuda externa: Optimización de recursos*, Buenos Aires, Tesis, 1990, p. 17 y ss. El efecto no se altera porque conforme al derecho internacional no se haya tratado de una guerra *stricto sensu*: ALBERTO LUIS ZUPPI, *Die bewaffnete Auseinandersetzung zwischen dem Vereinigten Königreich und Argentinien im Südatlantik aus völkerrechtlicher Sicht*, Berlín, Carl Heymanns, 1990, p. 190.

³⁸ BERZ, SOSA y GALLARDO, *op. cit.*, p. XX, p. 18 y ss., p. 176 y ss. Al propio tiempo incide en el mundo el colapso de la crisis mejicana: DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 64. La deuda externa pública y privada argentina aumentó U\$S 26 mil millones entre fines de 1980 y fines de 1983, y la parte pública de ella pasó del 52% al 71,8 %: DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 65.

³⁹ Hay en esto una importante dispersión semántica, pues es común llamar “liberales” a distintas políticas económicas tan sólo menos intervencionistas que otras: Por ejemplo, ALDO FERRER, “El retorno del liberalismo: reflexiones sobre la política económica vigente en la Argentina,” *Desarrollo Económico*, 1979, vol. 18, n° 72; “La economía argentina,” Buenos Aires, F.C.E., 1980; “Crisis y alternativas de la política económica argentina,” Buenos Aires, F.C.E., 1977. Sin embargo, FERRER reconoce que las políticas llamadas liberales han mantenido intacta una estructura sobredimensionada del Estado, con instrumentos de raíz keynesiana: *Op. ult. cit.*, pp. 137 y 138. Comparar LIENDO, *op. cit.*, p. 145.

inevitable efecto acumulativo, al 85 % del producto bruto. En ese año ya se dieron dos episodios de hiperinflación.

Era para algunos “la emergencia de la emergencia.”⁴⁰

Todavía en el año 89 se agrega la sequía más grande en un siglo,⁴¹ en el 90 se produce el aumento del petróleo, la baja del precio de los productos primarios, y la perspectiva de no exportar en 1991.⁴²

El Estado había crecido a impulso de la doctrina económica que veía en él la salida a la crisis de los años 30,⁴³ pero en esos años creció más de lo manejable⁴⁴ y ya no pudo proveer siquiera seguridad y justicia; se aproximaba al ideario anarquista⁴⁵ de la inexistencia o la disolución,⁴⁶ o en particular a “la necesidad imperiosa de liberar al Tesoro de los déficits, crecientes producidos por las empresas no redituables.”⁴⁷

Quebró, en suma, el sistema por expandirse más allá de lo posible como gasto público eficaz.⁴⁸

La vieja pregunta acerca de si había poco o demasiado Estado,⁴⁹ de pronto se contestó: Demasiado. Y consecuentemente se inició un proceso de adecuación a la nueva política económica mundial.

A comienzos del siglo XXI se hizo una parcial contramarcha, incrementando otra vez el sector público de la economía, confiscando fondos de jubilaciones privadas. (¡Con el voto favorable de casi toda la oposición!)

⁴⁰ LIENDO, *op. cit.*, p. 152, nota 30.

⁴¹ La anterior justamente corona la primera gran crisis de 1890-1894, igualmente acompañada de deuda externa imposible de pagar en los términos acordados, quiebras, etc. Ver ROBERTO CORTÉS CONDE, *Dinero, deuda y crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989.

⁴² Con todo lo cual es casi superfluo agregar que algunos profetizan una gran depresión mundial, como RAVI BATRA, *La gran depresión de 1990*, Buenos Aires, Grijalbo, 1988; o que se den en el mercado de capitales de países desarrollados datos aislados comparables a los de 1930. Entre tantos libros recientes R. FOSTER WINANS, *Trading secrets*, Nueva York, St. Martin's Press, 1986.

⁴³ J. M. KEYNES, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, F.C.E., 1963, 6ª ed.

⁴⁴ Desde luego, ésta es una verdad de Perogrullo. Ver HORACIO BONEO y otros, *Privatización: Del dicho al hecho*, Buenos Aires, El Cronista Comercial, 1985, pp. 31 y 49; WILLIAM P. GLADE, en el mismo libro, p. 251.

⁴⁵ Algo que avizoró ROULET cuando advertía contra “esta especie de *neoanarquistas* de derecha, no quieren un control social ni reglas de juego,” quien también preconizaba un Estado “flaco y fuerte,” trayendo a la mente la tesis actual de la empresa privada “*lean, mean and hungry*.” Ver JORGE ESTEBAN ROULET, *El Estado necesario*, Buenos Aires, Centro de Participación Política, 1987, pp. 20 y 22.

⁴⁶ O como también lo vaticinó un catedrático de teoría del Estado, a la desaparición de la noción entonces “moderna” del Estado. Ver ATALIBA NOGUEIRA a “Perecimiento do Estado,” *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1971, quien aclara que desde luego no se trata de la anarquía, porque subsiste la sociedad política, el derecho y la autoridad: Es la forma de organización que varía, p. 19 y ss., y *O estado é meio e não fim*, San Pablo, Saraiva, 1955, 3ª ed., y las modificaciones de sus *Lições de teoria gerul do Estado*, *op. loc. cit.* [Ver *infra*, el t. *Hacia el derecho administrativo global*.]

⁴⁷ WILLIAM P. GLADE, en el libro de BONEO y otros, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁸ “Bajo el peso de una competencia que comprende todo, el Estado sucumbe por su incompetencia para hacer todo. Cumple mal su tarea, cuando la cumple.” ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do Estado*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁹ ERNST FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, p. 63 y ss.

4. *El nuevo modelo mundial y local*⁵⁰

4.1. *Lineamientos iniciales*

Esa situación es mundial, es el fin de una época sin que se sepa qué quedará luego vigente:⁵¹ El liberalismo, que había muerto⁵² por inviable,⁵³ pareció renacer: ¿Volvimos al siglo pasado,⁵⁴ o se trata de los eternos *corsi e ricorsi* de la historia?⁵⁵

Ya a comienzos de la década del 80 los organismos mundiales⁵⁶ en un cambio de orientación,⁵⁷ anticipaban el nuevo papel del Estado en el proceso económico y social.⁵⁸

En poco tiempo más la crisis económica se transforma en crisis política, con el fin del gobierno soviético y el triunfo del libre mercado, la crisis del modelo burocrático, la sensación del fracaso de la empresa y en general la propiedad pública, privatizaciones por doquier.

⁵⁰ De la conferencia de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA el 6-XII-1990 en Curitiba, en el Seminario del IDEPE, Instituto de Direito Público Empresarial de San Pablo. Ver también a FRANCIS FUKUYAMA, *The end of history and the last man*, Nueva York y Toronto, The Free Press, 1992; el contexto económico de esta tesis puede complementarse en JAMES M. BUCHANAN y GORDON TULLOCK, *The calculus of consent. Logical foundations of constitutional democracy*, Michigan, University of Michigan Press, 1992; y BUCHANAN y ROBERT D. TOLLISON (compiladores), *The theory of public choice*, The University of Michigan Press, 1984, especialmente JAMES M. BUCHANAN, "Politics Without romance: A sketch of positive public choice theory and its normative implications," p. 11 y ss., y GORDON TULLOCK, "The backward society: Static inefficiency, rent seeking, and the rule of law," p. 224 y ss.; JAMES M. BUCHANAN, *Economics. Between predictive science and moral philosophy*, Texas, A&M University Press, 1987.

⁵¹ El presente es claro, como fue en 1930. Las recetas son opuestas. Como dice el humorista: "No conviene hacer predicciones. Menos sobre el futuro." No acertó nadie, ni siquiera los dedicados al tema, antes de la década del 80. Ver por ejemplo ALVIN TOFFLER, *Previews and premises*, Nueva York, Bantam, 1985; *La tercera ola*, Barcelona, Plaza and Janes, 1980. Tal vez más genéricamente estuvo precavido JEAN-FRANÇOIS REVEL, *El conocimiento inútil*, Barcelona, Planeta, 1989.

⁵² Para una descripción de ese proceso nos remitimos a ALEJANDRO NIETO, *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 82 y ss.

⁵³ Como posiblemente lo vería ALDO FERRER, quien ya se ha referido al "círculo vicioso liberalismo-populismo" en *Crisis...*, *op. cit.*, p. 104 y ss.

⁵⁴ "Medio vil y endeble es la experiencia, pero la verdad es tan grande que bien merece que no se desdeñe recurso alguno que a ella nos conduzca. La razón tiene tantas formas que no sabemos a cuál ajustarnos," decía MONTAIGNE, *Ensayos completos*, t. IV, Barcelona, Iberia, 1953, p. 172, libro tercero, cap. XIII.

⁵⁵ ALDO FERRER, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, *op. cit.*, p. 76 y ss.

⁵⁶ Ver entre otros las publicaciones del Banco Mundial, *Argentina, Economic recovery and growth*, Washington, D.C., 1987; *Argentina, social sectors in crisis*, Washington, D.C., 1988; *Argentina, Reformas encaminadas a lograr estabilidad de precios y crecimientos*, Washington, D.C., 1990; *Argentina, Reforma tributaria para la estabilización y la recuperación económica*, Washington, D.C., 1990.

⁵⁷ WILLIAM P. GLADE, en BONEO y otros, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁸ Banco Mundial, *World development report*, Johns Hopkins Press, 1983, p. 56; PETER J. KENNEDY, en BONEO y otros, *op. cit.*, p. 177. Una somera descripción de los cambios mundiales de política en esta década por WILLIAM P. GLADE en BONEO y otros, *op. cit.*, p. 219 y ss.

Desregulación desmonopolización, privatización, dejan de ser banderas políticas inglesas o norteamericanas,⁵⁹ son políticas económicas mundiales, del Oeste⁶⁰ y del Este, de las naciones y los organismos multinacionales de los cuales depende nuestro crédito externo; “las ideologías son más potentes que los Estados.”⁶¹

También en nuestro país, desde luego, se comenzó en esa década a postular la desregulación y desmonopolización⁶² y a prestar atención a la protección del consumidor.⁶³

En lo político la Carta de París del 21 de noviembre de 1990, suscrita por los 32 Estados de la OTAN y del Pacto de Varsovia, es el nuevo orden internacional, el triunfo ideológico y empírico de la democracia y los derechos humanos *unidos* al libre mercado, ambos ahora reconocidos con su correcto carácter supranacional y supraconstitucional operativo por nuestra Corte Suprema de Justicia.

Entre los principios que consagran el nuevo orden económico internacional aparecen en Europa la liquidación de los monopolios existentes (que no sean propios de la defensa o la prestación de servicios llamados públicos), evitar el abuso de posición dominante en el mercado y la práctica de fijación de precios o reparto de mercados, la prohibición de ayuda de los Estados a las empresas; ayudas, éstas, que distorsionarían los mercados; creación de fondos estructurales comunitarios para concurrir a situaciones de crisis u homogeneizar el mercado.

Aparece también el principio de la creación de un sistema monetario europeo, estabilidad de la moneda, creación de un banco central independiente de los Estados miembros y del cual los bancos centrales nacionales son delegados para aplicar en el orden interno la política crediticia y fiscal del banco central europeo, imposibilidad al banco central nacional de financiar el déficit presupuestario más allá de un porcentaje mínimo, etc.

Toda política, decía PAUL VALÉRY, implica alguna idea del hombre, y toda administración también.⁶⁴ El contexto mundial es entonces, al menos por este fin de siglo, el de una ideología y una concepción del hombre y del Estado distinta de la que prevaleció durante el siglo.

A comienzos del siglo XXI se denostó todo esto como un supuesto “neoliberalismo.”

⁵⁹A partir de 1980 con la *Staggers Rail Act* sobre desregulación ferroviaria en los Estados Unidos: ÉDOUARD COINTREAU, *Privatización. El arte y los métodos*, Madrid, Unión Editorial S.A., 1986, p. 97 y ss. En general el origen de la idea de desregulación de la economía se remonta a los Estados Unidos: JEAN LOYRETTE, *Dénationaliser. Comment réussir la privatisation*, París, Dunod, 1986, p. 19.

⁶⁰GROISSET PROT, DE ROSEN, *Dénationalisations. Les leçons de l'étranger*, París, Economica, 1986, p. 8.

⁶¹ATALIBA NOGUEIRA, *Perecimiento do Estado*, op. cit., p. 8. El empresariado argentino reunido en FIEL también asume estas banderas en el libro colectivo, *El fracaso del estatismo. Una propuesta para la reforma del sector público argentino*, Buenos Aires, Sudamericana-Planeta, 1987.

⁶²El decreto 1842/87.

⁶³Ver: GABRIEL STIGLITZ, *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

⁶⁴GERARD TIMSIT, *Le nouvel ordre économique international et l'administration publique*, Institut International des Sciences Administratives y Unesco, Aire-sur-la-Lys, 1983, p. 13.

4.2. *El sistema legislativo a partir de la emergencia*

El nuevo orden económico mundial tuvo su reflejo nacional en la llamada “reforma del Estado,” leyes 23.696 y 23.697⁶⁵ y las leyes posteriores 23.928 y 23.982.

Cabe destacar que todo ello se da: *a)* En el marco de la inserción del Estado en el doble sistema supranacional operativo del Pacto de San José de Costa Rica y del Mercosur, así como también de la estabilidad monetaria y del ajuste fiscal e impositivo en marcha, como datos positivos; *b)* como datos negativos, la persistencia de un sistema paralelo,⁶⁶ la crisis permanente del poder judicial,⁶⁷ un desequilibrio adicional entre el ejercicio de facultades legislativas y ejecutivas⁶⁸ y el quedar aún otras importantes reformas pendiente.⁶⁹

Para juzgar la constitucionalidad de la legislación inicial de emergencia (23.696 y 23.697) es aplicable toda la vieja construcción doctrinal y jurisprudencial sobre la constitucionalidad del *intervencionismo* y la *regulación* en épocas de emergencia, la que se vuelve contra sí misma cuando se trata de juzgar, a la inversa, la *desregulación* y *desmonopolización* estatal, *desintervención* y *privatización*, en otra emergencia.

En los antiguos ejemplos de potestad legislativa en época de crisis encontramos el caso de la moratoria hipotecaria en la depresión de los años 30,⁷⁰ la prórroga de los contratos privados de locación y la limitación del monto de los alquileres,⁷¹ paralización de juicios contra el Estado,⁷² fijación de cuotas de producción, precios

⁶⁵ Entre los trabajos más generales ver HUTCHINSON, BARRAGUIRRE y GRECCO, *Reforma del Estado. Ley 23.696*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990; las diversas contribuciones al libro *Primer seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y desregulación. Agosto 9-II-1989*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, s/d, y sus referencias; CARLOS MENEM y ROBERTO DROMI, *Reforma del Estado y transformación nacional*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990, GUSTAVO E. E. PINARD, “La reforma del Estado,” *JA*, 18-VII-1990, p. 12, JUAN OCTAVIO GAUNA, “Ejercicio privado de funciones públicas,” 1990-D, p. 1203; JUAN CARLOS CASSAGNE, “La transformación del Estado,” *LL*, 8-XI-1990, pp. 1-3; NÉSTOR PEDRO SAGUÉS, “Derecho constitucional y derecho de emergencia,” *LL*, 18-IX-1990, pp. 1-7; CRISTIÁN P. MITRANI, “Privatización: Métodos y cuestiones jurídicas,” *LL*, 5-X-1990, pp. 1-2; HORACIO RUIZ MORENO, “La emergencia a la luz de nuestra Constitución,” *LL*, 6-XI-1990, pp. 1-3; etc.

⁶⁶ *Supra*, § 3.2.

⁶⁷ *Supra*, § 3.3 y § 3.4.

⁶⁸ *Infra*, § 4.4.

⁶⁹ Algunas de las cuales mencionamos *infra*, § 5, y otras hemos reseñado en nuestro artículo “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública,” *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1992, n° 11, especialmente pp. 304-306.

⁷⁰ *Avico c. de la Pesa*, Fallos, 172: 21, año 1934.

⁷¹ En el caso *Ercolano*, Fallos, 136: 170 y ss., 1922.

⁷² *D'Aste vs. Caja Nacional de Previsión Social para el Personal del Estado*, Fallos, 269: 417, año 1967; *LL*, 130: 485 y ss.

máximos, etc.,⁷³ monopolios estatales que regulan la producción privada en materia de carnes,⁷⁴ yerba mate,⁷⁵ vinos,⁷⁶ grano,⁷⁷ algodón,⁷⁸ y así sucesivamente.

Se ha resuelto la inconstitucionalidad cuando la norma era retroactiva,⁷⁹ o no tenía en sí misma categorías razonables de diferenciación,⁸⁰ pero salvo estos supuestos relativamente excepcionales, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene admitida reiteradamente la constitucionalidad de normas restrictivas a garantías constitucionales como la propiedad, libertad de comercio e industria, de contratación en épocas de emergencia.⁸¹

También se ha encontrado en algún caso que no subsistía la situación de emergencia en forma continuada como para que el régimen limitativo mantuviera caracteres de permanencia,⁸² pero más frecuente es que fuera el propio legislador el que, habiendo dictado las leyes de emergencia, las derogara o dictara luego otras “mejores” para corregir los males causados por las anteriores.⁸³

Del mismo modo se puede estimar que en materia de legislación de emergencia la posición de la Corte es que en definitiva “no le toca... opinar sobre cuál de varios medios posibles es el mejor, sino si el elegido por el legislador es [...] proporcionado al fin perseguido.”⁸⁴

⁷³ *D'Aste vs. Caja Nacional de Previsión Social para el Personal del Estado*, Fallos, 269: 417, año 1967; *LL*, 130: 485 y ss.

⁷⁴ El caso de las leyes 11.226, 11.228, 11.563 y 11.747, de 1933, esta última de creación de la Junta Nacional de Carnes, declarada constitucional por la Corte Suprema en el año 1944 en el caso *Inchauspe*, 199: 483. En sentido similar: *Frigorífico Anglo S.A. vs. Gobierno Nacional*, Fallos, 171: 366, año 1934; *Cía. Swift de La Plata y otros c. Gobierno Nacional*, 171: 348, año 1934, Ver: MARIA SUSANA TABORDA CARO, *Derecho agrario*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 400 y ss. La solución mantiene en el caso *Cavic*, *LL*, 1970, 139: 527, con nota de CARLOS SÁENZ VALIENTE, y nota de JULIO OYHANARTE en *LL*, 139: 1118.

⁷⁵ Ley 12.236. Ver: JOSÉ MARÍA SÁENZ VALIENTE (hijo), *Curso de derecho federal*, Buenos Aires, Dovile, 1944, p. 287 y ss.; ZAVALÍA, *Derecho federal*, t. II, p. 982 y ss.

⁷⁶ Leyes 12.137 y 12.355; ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 987; SÁENZ VALIENTE, *op. cit.*, p. 290 y ss.

⁷⁷ Ley 12.253, luego de un decreto de 1933; SÁENZ VALIENTE, *op. cit.*, p. 293 y ss.; TABORDA CARO, *op. cit.*, p. 461 y ss.

⁷⁸ Decreto del 27-IV-1935; SÁENZ VALIENTE, *op. cit.*, p. 294.

⁷⁹ Caso *Horta*, 2-VIII-1922, Fallos, 137: 47.

⁸⁰ *Muñiz Barreto de Álzaga vs. Antonio Destéfanis*, 1958, Fallos, 270: 379.

⁸¹ *Ferrari*, año 1944, 199: 496; *Giralda*, 202: 456, año 1945; *Ciarrapico*, 204: 195, año 1946; *Caillard de O'Neil*, 234: 384, año 1956; *Russo*, 243: 467, año 1959; *Nadur*, 243: 449, año 1959; *Diodato*, Fallos, 266: 170, año 1966; *LL*, 125: 402; *Inco*, Fallos, 268: 364, año 1967; *LL*, 128: 419; *Banco Hipotecario Franco Argentino*, Fallos, 270: 462, año 1968, *LL*, 132: 797; etc. [Que no era una buena idea, se advierte del cap. I de la Sección I de este t. 11.]

⁸² *Mango vs. Traba*, año 1925, Fallos, 114: 219: “En las condiciones expresadas no es posible ya considerar razonable la restricción extraordinaria al derecho de usar y disponer de la propiedad que mantiene en vigor la ley 11.318 y que en su origen fue sancionada como una medida excepcional destinada a salvar una grave emergencia.”

⁸³ Es la expresión de JUAN FRANCISCO LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1970, pp. 130 y 131.

⁸⁴ MIGUEL M. PADILLA, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 79 y sus referencias. Con todo, “la Corte, por tanto, dijo primero que no podía analizar la eficacia de los medios elegidos para obtener el fin propuesto, y a continuación se remitió a una

Se ha sugerido, posiblemente con acierto, que el análisis de los hechos por nuestra Corte Suprema es menor en esta materia que el de los tribunales norteamericanos cuyos precedentes con frecuencia se invocan.⁸⁵

La crisis de la década del 80 es heredera de la crisis mundial de 1973, y sin embargo bajo el signo de la misma crisis se han dictado en el mundo medidas exactamente contrapuestas: Nacionalizaciones en Francia⁸⁶ y Colombia⁸⁷ en 1982, privatizaciones en Gran Bretaña, desregulación en los Estados Unidos. En cualquier hipótesis, no cabe duda de que la legislación dictada a partir de la reforma del Estado se inserta en un modelo económico mundial que nuestra jurisprudencia no habrá de considerar inconstitucional.

Algunos casos son más complejos por una tradición de pensamiento muy diferente en la materia,⁸⁸ pero también consideramos que superarán el *test* constitucional.

4.3. La derogación por decreto de leyes intervencionista

Los decretos dictados luego de las leyes 23.696 y 23.697 durante los dos o tres primeros años de ejecución de esta legislación se dividen básicamente en: a) Los que sientan principios y normas legales no establecidos en esas leyes, pero con fundamento en el mismo estado de necesidad pública; por tanto, “reglamentos de necesidad y urgencia;” b) los que constituyen la ejecución del principio desregulatorio y desmonopolizador del art. 10 de la ley 23.696; por tanto, reglamentos de ejecución o delegados.

En el segundo caso, no creemos que exista duda de que el Congreso de la Nación puede en determinadas circunstancias delegar al Poder Ejecutivo la determinación de un aspecto fáctico integrador de una norma legislativa,⁸⁹ y no nos parece que el Poder Ejecutivo haya excedido el marco de la legislación al

serie de circunstancias de hecho que, a su juicio, acreditaban suficientemente la referida eficacia. También se puede verificar la misma contradicción en el caso *Ercolano*. (PADILLA, *op. cit.*, p. 78.)

⁸⁵ PADILLA, *op. cit.*, p. 79, quien señala que aquel tribunal “estimó indispensable un examen de la realidad para poder decidir si los *medios* ordenados por el legislador mantenían una adecuada equivalencia respecto de los fines que buscaba alcanzar.” Sobre el tema en la jurisprudencia actual de los Estados Unidos se pueden ver, entre otros, JOHN E. NOWAK, RONALD D. ROTUNDA y J. NELSON YOUNG, *Constitutional law*, St. Paul, Minnesota, 1986, 3ª ed., cap. 11, p. 331 y ss., y la más completa exposición de ROTUNDA, NOWAK y YOUNG, *Treatise on constitutional law: Substance and procedure*, St. Paul, 1986.

⁸⁶ ANDRÉ O. DELION y MICHEL, DURUPTY, *Les nationalisations*, París, Economica, 1982.

⁸⁷ JAIME VIDAL PERDOMO, *Nacionalizaciones y emergencia económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

⁸⁸ Ver nuestro artículo “Desregulación y privatización portuaria,” en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1993, n° 9-10, pp. 31-46.

⁸⁹ CSJN, caso *Delfino*, Fallos, 148: 434 y ss., año 1927, que reproducimos y comentamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo, Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Macchi, 1974, cap. V, p. 47 y ss., p. 57 y ss.

identificar otras normas legislativas alcanzadas por el principio de derogación genérica y delegación individualizadora del art. 10 de la ley 23.696.

A diferencia de las clásicas delegaciones para la regulación de derecho individuales,⁹⁰ éstas son principalmente delegaciones para la desregulación,⁹¹ lo cual supone expandir el ámbito de los derechos individuales —en una concepción clásica, se entiende—⁹² antes restringidos por la legislación que se abandona.⁹³

Concluimos, pues, que los decretos que individualizan leyes que se identifican como derogadas por aplicación del principio de los arts. 10 y 61 de la ley 23.696 son constitucionales y no constituyen reglamentos de necesidad y urgencia ni necesitan ratificación legislativa.

Destacamos también que por aplicación del viejo principio de que la abrogación de una norma abrogatoria no hace renacer la norma inicialmente abrogada (MESSINEO), las leyes así dejadas sin efecto sólo pueden ser restablecidas por nueva ley del Congreso, siendo imposible tanto hacerlas renacer por acto reglamentario como sustituirlas por normas nuevas regulatorias con sólo ejercicio de competencia administrativa.

4.4. *Los reglamentos de necesidad y urgencia*

La intención legislativa era específica en cuanto a las delegaciones que realizaba al órgano administrativo y no estaba en ella realizar una masiva transferencia de potestades a la administración como de hecho se produjo: Como decía CAMMEO; “la necesidad no legitima este poder en el silencio y aun contra la voluntad de la ley escrita.”⁹⁴

Con todo, es de observar que la calificación legislativa de la realidad efectuada por las leyes 23.696 y 23.697, que da punto de partida a este proceso normativo, tuvo en su momento sustento fáctico suficiente, como lo atestiguaban los datos económicos ya vistos.

Si estas leyes son constitucionales en haber determinado la existencia de un estado de necesidad pública, entonces también pudo el Poder Ejecutivo, con igual fundamento en el estado de necesidad pública existente, tener habilitación de competencia, en esa época, para dictar reglamentos de necesidad y urgencia.

⁹⁰ Un listado de ellas en BIANCHI, *op. cit.*, cap. IV, apartado B, pp. 180-195.

⁹¹ Ver nuestro artículo “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en el *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, noviembre de 1991, n° 1; JUAN CARLOS CASSAGNE, “La desregulación de actividades dispuesta por el decreto 2284/91,” en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1991, n° 7-8, p. 379 y ss.

⁹² No se trata, obviamente, de una expansión de los llamados derechos sociales. Sobre el tema de los derechos sociales, económicos y culturales nos remitimos a nuestro libro *Derechos humanos*, *op. cit.*, p. 99 y ss.

⁹³ El principal supuesto es el contemplado en el art. 10 de la ley 23.696.

⁹⁴ FEDERICO CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, reimpresión de la obra concebida en los años 1911-1914, Padua, Cedan, 1960, p. 95.

Ello es así sólo en cuanto a la habilitación de competencia legislativa, sin perjuicio entonces del control de constitucionalidad del contenido de lo que en cada caso se haya resuelto: Sustento fáctico de la decisión concreta, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, ausencia de desviación de poder, no creación de tributos, etc.

En los primeros tiempos de la emergencia fue explicablemente caótica la sanción de reglamentos de necesidad y urgencia, muchos de ellos derogados luego entre sí o caídos en virtual *desuetudo*, o retirados del Congreso por el Poder Ejecutivo en una suerte de autoderogación. En cuanto a los demás, es probable que alguna parte de los dictados en el período 1989-1992 sobrevivan, a fuer o a pesar de la historia.⁹⁵

En cualquier caso, cabe recordar que no entran en esa lista los decretos que ejercen la delegación o realizan la ejecución del art. 10 de la ley 23.696.

De todos modos, se ha de evitar caer en las peligrosas doctrinas de que los hechos crean derecho,⁹⁶ el derecho de necesidad,⁹⁷ la necesidad como fuente de derecho,⁹⁸ el derecho de emergencia⁹⁹ y parecidas variantes argumentales, como la legitimación de hecho “por consenso” que alguna doctrina argumentó a comienzos del gobierno *de facto* instalado en 1966.

Hay decretos fundados en la emergencia que son directamente inconstitucionales, de lo cual hay bastante escrito al respecto, aunque no parece *prima facie* próxima ni masiva su declaración judicial de inconstitucionalidad, salvo algunos supuestos aislados.

En cualquier caso, ésta es sin duda una diferencia capital frente a otros supuestos históricos de concentración legislativa en el ejecutivo, en los que se trataba

⁹⁵ Dentro de la copiosa bibliografía ver RAFAEL BIELDA, “El «decreto-ley.» Caracteres generales y régimen jurídico, en Estudios de derecho público,” t. III, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1952, p. 431 y ss.; CÉSAR A. QUINTERO, *Los decretos con valor de ley*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 84 y ss. Para una bibliografía específica en materia de decretos-leyes de gobiernos de facto ver la que reseñamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, 1974, reimpresión 1990, cap. V, p. 38, nota 1.

⁹⁶ WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Lehrmittel-Verlag, Offenburg, 3ª ed., 1948, pp. 125 y 126. Comparar, del mismo autor, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, Mohr, 1913, p. 13 y ss.

⁹⁷ Un ejemplo en MARIA ANTONIA LEONFANTI, *Derecho de necesidad*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 85 y 86.

⁹⁸ De la cual hay poca bibliografía en épocas constitucionales, y copiosa en épocas de guerra, como la que cita GIOVANNI MIELE en su nota b a la p. 95 de la reimpresión de la obra de CAMMEO, ya citada. Lo mismo ocurre entre nosotros: Cuando decae el constitucionalismo y se debilita el Estado de derecho, aumentan los poderes de facto y sus defensores.

⁹⁹ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 10-V-1990, en prensa, que reseña LIENDO, *op. cit.*, p. 92, nota 1. SAGÜÉS considera más “moderado” el principio *necessitas jus constituit* que el *necessitas non habet legem*. (Y habla de un “derecho de emergencia supraconstitucional.”) La distinción es demasiado próxima a la que recuerda ZUPPI entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. (ZUPPI, *op. cit.*, p. 188.)

del ejercicio de una política intervencionista y restrictiva de los derechos,¹⁰⁰ o de hipótesis de guerra.¹⁰¹

Y cabe también advertir que la reversión de los datos económicos posiblemente permita sostener que el estado de necesidad pública terminó aproximadamente en 1992, *cesando a partir de entonces la habilitación para el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia*.

Así es como, por ejemplo, nos parece constitucional e irreversible la desregulación y desmonopolización postal del decreto 1187/93, pero no necesariamente la nueva regulación que en el mismo decreto se establece.

5. Reformas pendientes

La reforma que venimos de explicar ha desarmado mucho del viejo aparato estatal, pero le ha faltado ajustar el resto a la nueva dinámica que ha creado. Corre con ello el riesgo de quedar claudicante frente a la nueva realidad que ha creado. Hemos mencionado ya algunas de las cuestiones jurídicas que quedan por ahora en saldo negativo.¹⁰²

5.1. La protección del usuario

En primer lugar, destacamos que todavía no parece haberse tomado noticia en nuestro medio de que las “nuevas” formas contractuales de concesión o licencia tienen un régimen jurídico tradicional en nuestro medio, que corresponde desempolvar: La limitación de los derechos del concesionario o licenciataria,¹⁰³ la protección del usuario por la autoridad estatal de control.¹⁰⁴

Ese régimen jurídico todavía está inmerecidamente no vuelto a la memoria presente, en parte porque falta aún instrumentar plenamente la operatividad de los organismos de aplicación.

¹⁰⁰ Sobran ejemplos. Entre otros ver el que relata ROGER BONNARD, *Le droit l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste*, 2ª ed., París, L.G.D.J., 1939, pp. 5 y 6, y sus referencias.

¹⁰¹ Como ley inglesa de 1940 *Emergency Powers (Defence) Act*, también denominada cáusticamente “*Everything and Everybody Act*.” Ver CARLETON KENIP ALLEN, *Law and orders*, Londres, ed. Stevens and Sons, 1947 p. 206 y ss.

¹⁰² *Supra*, § 4.2, apartado b, y sus remisiones.

¹⁰³ RAFAEL BIELSA, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1937, Compañía Impresora Argentina, p. 49 y ss., IVª Conferencia Nacional de Abogados, Régimen jurídico de la concesión de servicio público, Buenos Aires, 1936, Talleres de “Artes Gráficas,” p. 37 y ss.; *Fallos* C.S.N., 49: 224, 97; *in re Ercolano v. Lanteri de Renshaw*, 136: 161; 155: 12; etc. En ellos se hizo mérito de la jurisprudencia americana: *Munn v. Illinois* 94 U. S. 113; *Granger Cases*, 94 U. S. 155 y ss.; *Spring Valley Water Works v. Shottler*, 110 U. S. 347; 12 U. S. 659, *in re Northwestern Fertilizing Co v. Village of Hyde Park*.

¹⁰⁴ CARLOS MANUEL GRECCO, “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de Entel),” *Revista de Derecho Administrativo*, 1990, n° 5, p. 481 y ss., con completa y prolija recopilación de jurisprudencia y doctrina en la materia.

5.2. *La regulación de nuevos contratos*

Existieron en 1992 dos proyectos de reforma de la legislación de contratos administrativos,¹⁰⁵ que hemos tenido oportunidad de analizar.¹⁰⁶

Ellos continúan una tendencia actual en los países de América Latina,¹⁰⁷ bajo la sugerencia externa de procurar eficientizar el proceso de contratación estatal y bajar sus costos.

Tales proyectos no recogen algunas de las verdaderamente *nuevas* figuras contractuales, como, por ejemplo, el contrato por agencia previsto en el decreto 790/90.

5.3. *Una nueva legislación contractual*

Otra falencia es que no intentan reparar a la luz de la experiencia comparada los efectos deletéreos de antiguos vicios administrativos,¹⁰⁸ ni mejorar la eficiencia del Estado en contratar a precios de mercado.¹⁰⁹

5.4. *Los controles de la actividad privatizada*

El cambio hasta ahora transitó la vía de la desmonopolización y desregulación, pero no perfeccionó aún el control estatal de las actividades privatizadas bajo un régimen monopólico: Gas, aguas, electricidad, teléfonos, etc. Uno de tales mecanismos de control es el de las audiencias públicas, al que a continuación nos referimos.

6. *El procedimiento de audiencia pública*

Si bien existen infinidad de temas del derecho administrativo actual que podrían ser expuestos, elegimos para esta ocasión desarrollar los lineamientos del futuro régimen a dar a las audiencias públicas.

¹⁰⁵ Uno de ellos, que no fue enviado al Congreso, está publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1992, n° 9-10, p. 233 y ss.

¹⁰⁶ *Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos*, conferencia pronunciada en Córdoba, en las Jornadas de 1993 de la Cámara Argentina de la Construcción, en prensa.

¹⁰⁷ Por ejemplo Colombia, Brasil, Uruguay. Hemos comentado la ley brasileña 8666 en nuestro trabajo "Principios de la licitación pública en la ley 8666," conferencia pronunciada en el *III Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, primera parte, Foz de Iguazú, Brasil, 9-IX-1993, en prensa.

¹⁰⁸ Algo hemos dicho en nuestro artículo "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública," *Revista de Derecho Administrativo*, n° 11, Buenos Aires, 1992, p. 293-318.

¹⁰⁹ Algo parecido está ocurriendo en otros países latinoamericanos, que por igual sugerencia externa están modificando su legislación general de contratos administrativos, con eficacia variada. Hemos tratado el tema en "Principios de la licitación pública en la ley 8666," conferencia pronunciada en el *III Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, primera parte, Foz de Iguazú, Brasil, 9-IX-1993, en prensa.

Ya se están realizando en el país algunas de las primeras audiencias públicas que mandan las leyes actuales de control de servicios privatizados; es el tema que se está estudiando en la actualidad con miras a su regulación.

Trataremos en lo que sigue, entonces, de exponer algunas de las ideas básicas alrededor de las cuales se están elaborando algunos proyectos para un nuevo sistema normativo.¹¹⁰

Algunas de las nuevas leyes de los servicios privatizados bajo régimen de licencia o concesión crean entes o autoridades administrativas de control, a las cuales imponen el régimen de audiencia pública para el dictado de normas generales, como por ejemplo el régimen tarifario, o para la resolución de grandes proyectos, aplicación de sanciones, etc.

Entre ellas cabe destacar, por ejemplo, la ley regulatoria de la prestación de servicios eléctricos, que *obliga* al ente a realizar las audiencias públicas en los supuestos que contempla (ley 24.065, arts. 11, 13, 15, 32, 46, 48, 73, 74) y específicamente lo *faculta* dictar y aplicar su propio reglamento de audiencias públicas (arts. 81 y 56, inc. j); o la ley 24.076, regulatoria del gas, arts. 46, 47, 52, inc. 1º, 68, 73.

6.1. *La audiencia pública, como parte del debido proceso*

La garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados), *antes* de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo, que ahora queda legalmente extendido a la audiencia pública para el control de las actividades privatizadas bajo un régimen monopólico u oligopólico.

Dicho en otras palabras, el derecho a tener audiencia pública en los casos previstos por la ley es ahora parte de la garantía constitucional del art. 18 y da lugar a la introducción del caso federal por parte de todos los legitimados a tener la audiencia. (Que no son sólo los titulares de derechos subjetivos sino también los titulares de intereses legítimos o difusos.)

Claro está que es de temer que ocurra con la audiencia pública como parte del debido proceso un desconocimiento parecido al que no infrecuentemente sufre la audiencia privada desoyendo el consejo de WADE: "Si su importancia fuera comprendida correctamente debería ser establecido tan rígidamente por los ad-

¹¹⁰ Las ideas que siguen han sido elaboradas con intervención de distintos especialistas, entre ellos ROBERTO SOLA, MARIO REJTMAN FARAH, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, el suscrito, y funcionarios de uno de los entes reguladores. Como en toda obra colectiva, no cabe al aquí expositor sino asumir la responsabilidad por los errores y declinar la autoría de los aciertos. En todo caso, sí podemos decir que lo propio o ajeno que aquí exponemos como estado actual de la discusión, guarda armonía con nuestro pensamiento.

ministradores, en su propio interés como por los abogados. Porque tiende a una decisión más justa y así a una mejor administración.¹¹¹

Como ya decía el mismo WADE, “la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración;” “esta regla abarca toda la noción de procedimiento legal (*fair procedure*); o debido proceso y es apta de gran elaboración en detalle.”¹¹²

El desafío del presente para nuestros gobernantes es comprender que “ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administradores mismos, porque el Estado está consustanciado (*permeated*) desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que *el gobierno depende de la aprobación de los gobernados*. El *fair play* en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno.”¹¹³

La audiencia pública viene así a adquirir un doble significado político y jurídico. El primero respecto a la calidad de abierto al *conocimiento* público de los actos estatales; el segundo a la *participación* del público como *parte* en el procedimiento, no como espectador, y tiene una larga tradición doctrinal que ahora el legislador viene finalmente a reconocer.¹¹⁴

Seguramente convendría complementar la audiencia pública con la institución del “*ombudsman*” o “defensor del usuario,” idea tanto o más vieja que la anterior, pero a la cual no pareciera haber todavía llegado su hora legislativa.¹¹⁵

¹¹¹ *Towards administrative justice*, Ann Arbor, 1963, p. 11, nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *Parte general, op. cit.*, cap. XVII, p. 36; nuestra *Teoría general de derecho administrativo, op. cit.*, p. 674.

¹¹² H. W. R. WADE, *Administrative law*, Oxford, 1961, p. 141 y ss.; ALBERTO RAMÓN REAL, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958; RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 598; GORDILLO, *Teoría general del derecho administrativo, op. cit.*, cap. XVII, p. 32.

¹¹³ H. W. R. WADE, *Towards administrative justice*, Ann Arbor, 1963, p. 19; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *Parte general, op. cit.*, cap. XVII, p. 38; *Teoría general del derecho administrativo, op. cit.*, p. 677.

¹¹⁴ Ver nuestros trabajos “Cauces de participación ciudadana” en *Crónica del V Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, Instituto de Estudios de Administración Local, t. I, pp. 1057-1085; “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, pp. 126-132, reproducido en la *Revista de Direito Público*, año XIV, San Pablo, 1981, n° 57-58, pp. 29-38; “La participación administrativa,” trabajo presentado al *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, Alcalá de Henares, 12-14-VI-1984, publicado en el libro del Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares-Madrid, España, 1985, *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad Democracia y Administración*, pp. 199-211; reproducido en la *Revista de Direito Público*, n° 74, San Pablo, 1985, pp. 15-25.

¹¹⁵ Ver GORDILLO, *An ombudsman for Argentina: Yes but...*, *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, n° 3, p. 230 y ss.; traducido al portugués y publicado en la *Revista de Direito Público*, n° 75, San Pablo, 1985, p. 76-81; JORGE L. MAIORANO, *El ombudsman. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Macchi, 1987; EDUARDO FERNANDO

[Lo introdujo con carácter general la Constitución de 1994, pero falta crearlos en cada sector de la administración.]

La *publicidad* de la audiencia pública necesita de la *oralidad*, la *inmediación* y la apertura del acto a los medios de prensa; la *participación* requiere del viejo *informalismo*, la *contradicción*, *imparcialidad* y, desde luego, el *amplio reconocimiento de la legitimación* de los usuarios y terceros en sus intereses legítimos y difusos.

En esta difícil y nueva materia de la hora actual el control mediante audiencia pública de los servicios privatizados en condiciones *lato sensu* monopólicas, es entonces del caso recordar una vez más el principio rector señalado por BRANDEIS: “La luz del sol es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica, el mejor policía.”¹¹⁶

La audiencia pública con las características expuestas es uno de los modos con que la ley ordena instrumentar la principal obligación del ente: “Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios.” (Inc. a del art. 2 de la ley 24.065.)

7. La etapa de preaudiencia

Para que la audiencia pública funcione adecuadamente es necesario realizar una preaudiencia ordenadora del trámite. Y ello supone además la publicidad previa de ambos procedimientos. Deben entonces primero prepararse los elementos vinculados a la audiencia pública, sus antecedentes, el expediente y preparar en su caso la documentación adicional, con más un resumen de los hechos y el derecho atinentes al problema a resolver y todo ello debe darse a publicidad.

Una forma plausible de efectuar la publicidad inicial es por avisos de tamaño y duración acordes a la naturaleza de la cuestión a debatir, que contengan una información sucinta pero suficiente, preferiblemente a *página entera impar* en los casos fundamentales, en los diarios principales de la Capital y el lugar donde se realizará la audiencia, según la localización del problema a ser analizado. La convocatoria debe darse a publicidad con antelación suficiente, por ejemplo treinta días antes de *su iniciación*, a fin de dar tiempo para la organización previa en la etapa de preaudiencia.

En ese aviso se debe incluir toda la información pertinente, tanto a la preaudiencia como a la audiencia; por ejemplo:

— Una versión sucinta preliminar de los hechos y derechos relativos al problema a resolver, y en qué lugar, día y horario se puede acceder al expediente y fotocopiarlo, o recoger información adicional;

LUNA, “El defensor del pueblo,” en el libro colectivo *Derecho público provincial*, t. III, *op. cit.*, p. 293 y ss.; MIGUEL M. PADILLA, *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1972; etc.

¹¹⁶ BRANDEIS, citado por BERNARD SCHWARTZ, *Administrative law*, Boston y Toronto, 1976, p. 127.

— dónde y hasta qué fecha se recibirán presentaciones escritas pidiendo ser tenido como parte o como testigo;

— quién será el responsable de la instrucción en la preaudiencia y en qué teléfonos y horario se lo puede consultar;

— el lugar, horario y fecha hasta la cual se podrán presentar las solicitudes en la preaudiencia;

— en qué día, hora y lugar comenzarán las sesiones de la audiencia pública, el horario en que se llevarán diariamente a cabo las sesiones, quién la presidirá;

— la información de que el panel podrá interrogar libremente a los presentantes, testigos expertos, autoridades públicas o personas privadas que designe para mejor información del panel, etc.

En la preaudiencia se determina quiénes serán las partes aceptadas con legitimación suficiente para actuar, y se admite a los testigos o testigos expertos propuestos, espontáneos o de oficio; luego define o circunscribe con mayor precisión, si cabe, los hechos en debate; tiene una finalidad más organizativa que sustantiva: No se determinan o dan por probados hechos ni se adelantan soluciones, a menos que se arribe a un acuerdo entre las partes en cuestiones que pueden ser resueltas de tal modo.

En este previo ordenamiento de la ulterior audiencia se resuelve e informa quiénes, en qué orden y con qué tiempo participarán en la audiencia pública, sin perjuicio de las facultades ordenatorias e instructorias del panel que dirige la audiencia pública.

7.1. El desarrollo de la preaudiencia

La preaudiencia no constituye un procedimiento formal, sino una serie de reuniones, conjuntas o no, de los distintos peticionantes que desean ser admitidos como partes o testigos en la audiencia pública, a los cuales se les resuelve su admisión y se les asigna un orden de intervención que determina quien dirige el procedimiento de preaudiencia.

7.2. Presentación de escritos y documentos previos

En el plazo anunciado al realizarse la publicación de la audiencia pública, se recibirán las presentaciones y documentaciones que los interesados quieran aportar.

En materia de presentaciones no cabe adoptar regla limitativa alguna en cuanto a la legitimación, y pensamos que el mero interés simple constituye legitimación suficiente para presentar escritos de cualquier naturaleza, aunque ello no altera su legitimación posterior.

En otras palabras, que a cualquiera de la comunidad le sea admitida, como debe serlo, una presentación escrita, no lleva a la conclusión de que por ello adquiera un derecho subjetivo o interés legítimo a ser parte activa en el procedimiento de la audiencia pública.

7.3. *Notificaciones privadas*

Constituye, a nuestro juicio, carga procesal de los propios interesados realizar privadamente las notificaciones, con entrega de las copias que fueren necesarias a los demás interesados o concontrainteresados.

Puede o no exigírseles una declaración, jurada o no, en el sentido de haber realizado tales notificaciones y responsabilizarse de ellas, acompañando en su caso la recepción firmada de copia u otra constancia de haber diligenciado el acto.

De tal modo se facilita el conocimiento de la documentación que se intercambia por todos los interesados y contra-interesados o terceros y se facilita también al ente u órgano delegado evitar cargar con parte de las tramitaciones que escapan a lo central de su cometido.

Desde luego que todo esto no son más que principios generales comunes del procedimiento administrativo argentino y comparado, pero en todo caso puede no estar de más recordarlos cuando se trata de su aplicación a un procedimiento respecto del cual existe experiencia concreta de importancia en nuestro país.

7.4. *Prueba testimonial anticipada por escrito*

Conforme a las modernas prácticas del procedimiento administrativo, resulta claro que se debe admitir la presentación de testimonios prestados por escrito. También puede el instructor, en caso de un número grande de testigos, requerirles la presentación escrita de su deposición.

Los concontrainteresados pueden requerir su comparecencia para hacerle repreguntas, o puede también de oficio citárseles a prestar declaración testimonial en la audiencia misma.

7.5. *Criterio de admisión de la prueba*

Dado que no es función del funcionario que tiene a su cargo la preaudiencia decidir ni adelantar ideas sobre la decisión, sino meramente ordenar la producción de las pruebas a ser efectuadas en la audiencia pública, ha de tener especial cuidado en no adelantar ni sustituir su propio criterio al que luego deberá formar el ente.

De lo contrario el procedimiento quedará viciado *ab initio*, en tanto no lo corrija el ente en la audiencia pública, por la falta de imparcialidad del procedimiento previo o la irrazonabilidad en la inadmisión de la prueba.

Como dijo en una ocasión nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Aldamiz*, del año 1960, “no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes e inadecuados. A la autoridad administrativa le es dado rechazar la prueba que surge del dicho de los testigos propuestos, pero esta facultad sólo debe ser ejercida, sin caer en arbitrariedad, expresando razones concretas que fundamenten su apreciación.”¹¹⁷

7.6. *Ordenamiento preliminar de la audiencia*

Con todos los datos y elementos de juicio así reunidos, la autoridad que dirige la preaudiencia prepara el programa tentativo con el cual se realizará la audiencia pública: Quiénes hablarán, en qué orden, día y horario, sujeto a la adecuación que resuelvan los miembros del panel.

Preparado ese programa de actividades, lo comunica a todas las partes interesadas a fin de que puedan a su vez organizar su propio tiempo del modo que les resulte más conveniente y sin alterar el orden previsto para la audiencia pública.

8. *La etapa de audiencia*

8.1. *La instrucción*

La dirección del procedimiento está a cargo del panel que dirige la audiencia pública, en especial su presidente, quienes tendrán amplias facultades para interrumpir a los presentantes con preguntas, dar por terminadas sus exposiciones, llamar a orden en la sala y en su caso desalojar por la fuerza pública a los miembros del público o de los medios que no guarden la debida compostura, etc.

8.2. *Producción, de prueba en la audiencia*

La prueba escrita ya ha sido producida con anterioridad, en la etapa de preaudiencia. La prueba de que se trata en el procedimiento oral es fundamentalmente los testimonios, preguntas y repreguntas, testimonios expertos, y ocasionalmente exhibición de otras pruebas no documentales que puedan mejor ilustrar lo que los testigos explican o declaran. (Maquetas, objetos, planos, etc.)

8.3. *No preclusión procesal*

Si durante el procedimiento de la audiencia pública se presentaran pruebas documentales o hicieran presentaciones de otro tenor por quien no tuvo intervención

¹¹⁷ CSJN, *Fallos*, 248: 325; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. IX, p. 28.

previa en la etapa de preaudiencia, no por ello debe adoptarse un criterio rigorista de preclusión procesal.

8.4. *Carga de la prueba*

La carga de la prueba recae sobre el concesionario o licenciataria, generador, distribuidor, transportista, etc.¹¹⁸ Ya hemos explicado el contexto y el marco de esta cuestión al tratar del derecho positivo argentino en la materia en nuestra antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es el mismo principio que se aplica en derecho comparado en materia de derecho ambiental, en que la carga de la prueba de demostrar que determinado proyecto o acción no afecta el medio ambiente más allá de límites razonables, le compete al que proyecta determinada acción, no a la comunidad que se opone en su caso al proyecto.

8.5. *Control de la prueba*

Con mayor razón que en el procedimiento administrativo general, en la audiencia pública es esencial lo que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ llaman la indispensable “presencia y participación activas de los interesados en la práctica de las pruebas producidas, como consecuencia necesaria del carácter contradictorio que es de esencia al procedimiento.”¹¹⁹

8.6. *¿Pruebas secretas o reservadas?*

No cabe en la audiencia pública, al igual que en el resto del procedimiento, admitir pruebas secretas o reservadas, conocimiento privado de la administración o del juez, pruebas ilegítimamente producidas, etc.: “Nada puede ser considerado como prueba si no introducido como tal,”¹²⁰ lo que no está en las actuaciones no existe legalmente.¹²¹ Ello, con más el elemental principio de inexistencia de documentación ajena al conocimiento del público.¹²²

¹¹⁸ GORDILLO, “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” Buenos Aires, en *LL*, 106: 1187 y ss., 1962.

¹¹⁹ *Curso de derecho administrativo*, t. 11, Madrid, 1977, p. 401; en igual sentido: GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.1, *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., cap. II, p. 48.

¹²⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos en *United States v. Abilene Southern Ry. Co.*, U.S. 274 (1921), citado por WALTER GELLHORN, *Federal administrative proceedings*, Baltimore, 1950 p. 86.

¹²¹ Tribunal Supremo español (siguiendo al norteamericano), según lo recuerda JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, 1966, 2ª ed., p. 748; LOUIS JAFFE y NATHANIEL NATHANSON, *Administrative law*, Boston, 1961, pp. 569 y 570, 578; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.1, *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., cap. IV, p. 51, y cap. VI, p. 25.

¹²² Ver, por ejemplo: DONALD C. ROWAT (compilador), *Administrative secrecy in developed countries*, Nueva York, Columbia University Press, 1979; Del mismo autor, *The right to know: Essays on governmental publicity and public access to information*, Ottawa, Carleton University, 1981; “Keeping it too dark,” en *Policy Options*, vol. 2, n° 3, julio-agosto de 1981, p. 39 y ss.: “Freedom of information

[Ver, con todo, el cap. V de la *Introducción al derecho* y el Libro I del t. 10.]

8.7. Preguntas y repreguntas de las partes

El presidente del panel dará la palabra a las partes y testigos, interrogará de oficio y permitirá que las partes formulen a su vez preguntas y se opongan a las preguntas que consideren inapropiadas, resolviendo en cada caso lo que considere pertinente acerca de la pertinencia de las preguntas y repreguntas formuladas.

8.8. Decisión tomada sin audiencia pública

Es nula la decisión que se adopte sin audiencia pública, cuando ella está exigida por la ley. La jurisprudencia española, que antes consideraba potestativas tales audiencias, las estima ahora “preceptivas” con la consiguiente nulidad por omisión;¹²³ en nuestro caso, ello es casi obvio porque el carácter obligatorio de la audiencia pública, en los casos analizados, viene ordenado específicamente por la ley.

Se trata, en efecto, de la omisión de un requisito esencial conforme al art. 14 del decreto-ley 19.549/72 y de la doctrina en la materia: “Ello es así singularmente cuando una autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se pronuncia sin proceder a las investigaciones y consultas requeridas por legislación en vigor. Su decisión es nula de pleno derecho aunque la ley no haya establecido esa sanción para la omisión de tales formalidades.”¹²⁴

En cualquier caso, parece difícil que el ente vaya a jugar la legitimidad de su acto a la carta de omitir un procedimiento establecido también en su propio interés práctico y no sólo en el interés público; y además es bien sabido que “*melius est intacta jura servare quam vulneratæ causæ remedium quærere*.”¹²⁵

bill «too restrictive»,» diario *Sunday Star*, 22-XI-1981, p. C-5; GORDILLO, *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, op. cit., pp. 51-55.

¹²³ Ver: JUAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ, ¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?, Madrid, Tecnos, 1992, p. 18 y ss.

¹²⁴ ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, París, 1926, p. 224; R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. III, París, 1958, pp. 809-9; ENRIQUE C. PETRACCHI, “Los órganos consultivos y el acto administrativo,” en la *Revista de Derecho y Administración Municipal*, Buenos Aires, 1938, n° 100, p. 32 y ss., p. 37; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. IX, p. 9.

¹²⁵ Ver: GIUSEPPE CATALDI, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milán, 1967, p. 4; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *Parte general*, op. cit., cap. XVII, p. 40; así como nuestra *Teoría general de derecho administrativo*, op. cit., p. 679.