

# Reforma administrativa na Arxentina

Juan Carlos Cassagne\*

## I. INTRODUCCIÓN

A partir da segunda metade deste século desenvolveuse un dos procesos de transformación de maior magnitude sobre o papel que lle corresponde asumir ó Estado en diversos países do mundo. A súa orixe, particularmente en Europa occidental, respondeu máis ás esixencias da realidade que ás ideoloxías e foi apoiada, en gran medida, polo dereito das comunidades europeas que, en virtude do principio de supremacía, prevalece sobre as normas das constitucións formais dos Estados que a integran.

Aínda que non se produciu a paralela adaptación normativa que impuxo e esixe aquela realidade, é evidente que non se pode deixar de advertir-lo cambio radical xerado por este proceso que racha as vinculacións autoritarias entre a sociedade e o Estado, e que, mediante diferentes técnicas xurídicas e económicas, procura desprazar, de xeito gradual ou, ás veces, frontalmente, o principio que facía posible que a intervención estatal na economía fóra unha lei crecente, que só se xustifica agora de xeito subsidiario. Na abdicación da regra de intervención estatal progresiva e na afirmación doutros principios xurídicos fundamentais, como son o da concorrencia ó mercado e o de protección dos consumidores e usuarios —na súa condición de destinatarios principais da actuación dun Estado que intervén para arbitrar nos conflitos interindividuais ou colectivos— atópase a clave para comprender cabalmente as transformacións operadas.

Este proceso transformador —cun eixo que xira arredor da Administración pública e as súas funcións— cobrou un gran pulo en Hispanoamérica. Comenzando prematuramente en Chile e seguido logo por México e Bolivia, recibiu ultimamente un pulo de considerable magnitude en Arxentina, Brasil e Uruguai, onde os partidos políticos que asumiron os respectivos gobernos víronse impelidos a promover a transformación das estruturas públicas, a raíz das esixencias reais das súas propias economías. En cumprimento deste obxectivo e a través da instrumentación e execución de programas que conducen a realiza-la chamada «*Reforma do Estado*», removéronse os atrancos que presentaba a lexislación vixente, acudindo a derogacións en bloque, deslegalizacións e profundas innovacións normativas.

A configuración deste proceso é practicamente similar nos países de Latino América que o comenzaron, porque as causas que o provocaron son comúns. O «flaxelo da inflación» —coa conseguinte perda do valor da moeda— e o endebedamento externo, o aumento da burocracia estatal, a ineficacia dos servizos e demais actividades que teñen ó seu cargo as empresas públicas, xunto a un intervencionismo estatal asfixiante da economía privada, conduciron á necesidade imperiosa de volver facer unha reformulación sobre a dimensión do Estado, a súa participación no capital e na xestión das empresas públicas, a revisión das estruturas administrativas e a subsistencia das diferentes regulacións e monopolios que tratan a libre iniciativa dos particulares e a concorrencia ó mercado.

\* Catedrático de Dereito Administrativo da Universidade de Buenos Aires

## 1. Cara a un novo modelo de Estado: O «Estado subsidiario»

A creba do modelo que caracterizou o denominado «Estado Benefactor» está á vista de todos. A sociedade non acepta xa que o Estado interveña activa e directamente no campo económico-social asumindo actividades que lle corresponde realizar ós particulares «*lure propio*». O pretexto da soberanía, a defensa nacional, a xustiza social ou a independencia económica, non serven máis como títulos que lexitiman a inxerencia estatal nas actividades industriais ou comerciais e aínda nos servizos públicos que poden ser prestados por particulares.

A sociedade deste tempo histórico, que conta cunha masiva información, soubo descubrir de súpeto o veu que cubría os verdadeiros responsables das crises e xa non admite a presenza deses falsos xerentes do ben común que perseguen beneficios persoais ou de grupo, mentres aumenta o déficit e a ineficacia.

Os reclamos que poxan por unha maior liberdade económica, susceptibles de permitirlle desenvolvemento espontáneo da iniciativa privada, son canalizados nas políticas oficiais dos gobernos a través de diferentes medidas como as desregulacións e a eliminación de privilexios e monopolios.

Paralelamente, desencadéase un proceso de transferencia de empresas e bens do Estado cara ós particulares, privatizándose importantes sectores da actividade estatal, inclusive aquelas prestacións que se engloban baixo a figura do servizo público, o que acentúa a colaboración dos administrados na xestión pública, que non perde este carácter polo feito de ser xestionada por persoas privadas.

Corresponde advertir, sen embargo, que aínda con ser profundos e radicais os cambios descritos, non supoñen a eliminación de certas funcións que cumpría o «Estado do Benestar» nin tampouco un retorno á época dourada e romántica do Estado Liberal do século XIX. É quizais, a síntese de ámbolos dous ou, mellor aínda, un novo modelo de Estado onde a realidade predomine sobre a ideoloxía. En definitiva, é un modelo tan distinto e oposto ós anteriores como estes o foron entre si.

Os seus riscos predominantes tipificano como unha organización binaria que se integra cunha unidade de superior xerarquía que exerce as funcións indelegables (xustiza, defensa, seguridade, relacións exteriores, lexislación) pertencentes ó Estado como comunidade perfecta e soberana, unidade que se completa ó propio tempo con outra, mediante funcións desenvolvidas por un conxunto de organizacións menores que cumpren unha misión supletoria da actividade privada (educación, saúde, servizos públicos). Nese contexto canalízase a realización do ben común, co predominio do dereito público nas estruturas e procedementos das funcións indelegables e con recorrencia a formas privadas ou mixtas para a actividade supletoria, conforme ó obxecto perseguido en cada un (se a actividade é industrial ou comercial a actuación da empresa aparece regulada polo dereito privado).

Hai que advertir que este «Estado subsidiario», ó nacer no marco dun proceso de transformación das estruturas socioeconómicas e xurídicas existentes, non supón unha creba total con modelos anteriores. Deste xeito prodúcese o abandono polo Estado daqueles ámbitos reservados á iniciativa privada, de xeito gradual ou acelerado (segundo as circunstancias nacionais) co que mentres medra o grado de participación dos particulares na economía, dítanse as normas requiridas para desregular e desmonopolizar actividades, eliminando os privilexios existentes que rachan o libre exercicio das diferentes actividades humanas, sexan estas de natureza individual ou colectiva. No campo económico, obsérvase unha maior énfase aínda na lexislación, co propósito declarado de asegura-lo funcionamento libre dos mercados, ó tempo que se potencia a potestade interventora para corrixi-los abusos e as prácticas monopólicas.

Pero o Estado non pode renunciar á súa función supletoria, exclusiva ou concorrente coa actuación privada, en materia de previsión social, saúde, educación, etc. . . cando estas actividades non resultan cubertas axeitadamente polos particulares. Opérase deste xeito, a separación entre a titularidade dos servizos públicos —dos que a potestade indelegable é refida polo Estado e a xestión privada a través das distintas figuras concesionais.

No seu momento, xurdiron movementos ou tendencias cara á descentralización e á autonomía, cunha forza centrífuga que cómpre canalizar para que as mutacións do proceso transformador non ocasionen o desequilibrio do conxunto e a paralización de certos sectores a expensas doutros.

## 2. O principio de subsidiariedade

Case que non se discute, xa pola súa evidencia, que o principio rector que xustifica a intrusión do Estado no plano económico e social é o de subsidiariedade<sup>4</sup>.

Este principio, propio do dereito natural, atópase á cabeza das reformas e transformacións que se están a operar nunha grande parte do mundo.

Algúns pensan que sería preferible ir cara a un Estado débil ou mínimo. Así e todo, a realidade indica a necesidade de reafirmar a autoridade do Estado nas súas funcións soberanas e a eficiencia das actividades supletorias que realice. Ó contrario do que se poida supor, o Estado non sairá máis débil deste proceso senón máis forte, pois a súa grandeza descansa máis no cumprimento da súa finalidade esencial ca no seu tamaño ou dimensión.

Á vez, a mutación que se opera nas fins que persegue o Estado xera unha consecuencia fundamental na distribución do poder económico e social que se transfire ás persoas privadas, xeralmente organizadas baixo formas asociativas ou societarias. Advírtese agora que a titularidade estatal do dito poder non é máis ca unha das formas nas que os políticos e burócratas que lles toca manteñen ou disfrazan a hexemonía sobre a sociedade e unha das fontes máis comúns dos abusos e das arbitrariedades que provoca a acción interventora do Estado<sup>5</sup>. O Estado Subsidiario é, esencialmente, un Estado de Xustiza.

Neste senso, a fórmula «Estado de Xustiza», acuñada orixinariamente por DEL VECHIO<sup>3</sup> reflicte unha concepción superadora, tanto do «Estado de Dereito» como do modelo que o sucedeu: O «Estado Social de Dereito»<sup>6</sup>. Esta superación explicase porque aínda que se manteñen determinados postulados fundamentais do «Estado de Dereito» (Independencia do poder xudicial), sometemento da Administración á lei, réxime de garantías das liberdades e demais dereitos persoais), equilibrase o abstencionismo estrito que propiciou a súa versión máis liberal importante no século XIX cun limitado e razoable intervencionismo que restitúe a plenitude do dereito natural, a través do imperio do principio da subsidiariedade que, nalgúns partes, alcanza o rango positivo. Deste xeito, o Estado —máis que sometido ó Dereito (no senso do sometemento á lei) atópase xunguido á Xustiza, nas súas diferentes especies, sen poñer exclusivamente o acento na xustiza distributiva (como aconteceu durante a etapa do chamado «Estado do Benestar» ou «Estado social») asignándolle unha maior potencialidade e trascendencia ó cumprimento efectivo das funcións estatais básicas.

En síntese, se o ben común que constitúe o fin ou causa final do Estado posúe natureza subsidiaria<sup>5</sup> e se atopa subordinado ó mantemento e ó desenvolvemento da dignidade das persoas que forman parte da sociedade civil, o Estado non pode absorber e acaparar tódalas iniciativas individuais e colectivas que se xeran no seo daquela. Noutros termos, que a subsidiariedade é unha obrigada consecuencia da propia natureza da finalidade que o Estado persegue e o presuposto indispensable para o exercicio das liberdades do home<sup>6</sup>.

## 3. Os principios que nutren o «Estado Social de Dereito»

Agora ben, algúns poderán supoñer que este modelo de «Estado Subsidiario» non é máis ca o «Estado Social de Dereito» con algunha que outra innovación, fundamentalmente no que respecta á intervención do Estado na economía. Esta interpretación é posible nalgúns casos, debido á ambigüidade da noción e ó feito de tratarse de conceptos análogos (no senso de que aínda sendo diferentes non son necesariamente opostos). En efecto, a ambigüidade da noción ten sido tan grande que permitiu interpretar desde a súa compatibilidade co Estado de Dereito<sup>7</sup> e a subsistencia conseguinte dos dereitos fundamentais das persoas ata a súa dimensión máxima, ou simplemente, a absorción da sociedade polo Estado, a raíz do novo papel que asume este como configurador da orde social<sup>8</sup>.

Sen embargo, o verdadeiro marco ideolóxico que nutre o chamado «Estado Social de Dereito» é este último. Nel os dereitos persoais non preexisten senón que nacen da lei, polo tanto, o dereito de propiedade non se reconece como un dereito natural nin fundamental, os dereitos individuais só teñen recoñecemento e adquiren vixencia efectiva pola súa vinculación social; non se limita

à intervención do Estado no plano económico nin tampouco ó alcance das políticas que o Estado deseña para configurar unha orde social, na que o obxectivo declarado é a pretensión de alcanza-la máxima igualdade entre os homes, aínda sacrificando as liberdades individuais. A cambio de tanta liberdade como sexa posible ó axioma chegou a invertirse, substituíndose o papel central no que o sistema do Estado de Dereito desempeñaba a liberdade por unha igualdade deseñada polo poder público.

#### 4. O mantemento do dualismo «sociedade-Estado»

A loita entre as distintas forzas que compoñen a sociedade e o Estado non constitúe un novo fenómeno socio-político e a historia do mundo demostra a ocorrencia desta loita en diferentes épocas da humanidade.

O novidadeiro é que, por primeira vez, o poder estatal infiltra-se neste século de ideoloxías que tentaron, coma obxectivo fundamental, a absorción da sociedade polo Estado, intento este que non fora preconizado antes, polo menos nesa escala, nin sequera polo absolutismo. Todo isto conduciu cara a un maior e acentuado intervencionismo estatal.

Cómpre lembrar que o principio que recoñece e propugna a subsistencia do dualismo «sociedade-Estado» representa un dos principios xurídico-sociais do dereito natural cristián de maior relevo, o cal, segundo MESNER, permite salientar un conxunto de consecuencias que mesturan unha serie de principios sociais e dereitos das persoas, a saber: 1) a existencia de dereitos orixina-rios propios dos individuos e das sociedades menores ou corpos sociais intermedios; 2) tales dereitos atopan o seu fundamento na orde moral e, como son imprescindibles e necesarios para a propia dignidade humana, resultan inviolables e irrenunciabes; 3) ó seren tan orixina-rios coma os dereitos do Estado non derivan do dereito estatal positivo, sendo unha das principais misións do Estado recoñecer-la súa existencia e fomentar o seu desenvolvemento por parte dos individuos e das comunidades menores; e 4) sen prexuízo da competencia do Estado para definir no seu ordeamento a recíproca correlación das potestades sociais este carece de aptitude xurídica e moral para intervir no eido da actuación que é privativo da sociedade<sup>9</sup>.

Sen embargo, o fracaso xeneralizado das concepcións ideolóxicas que procuraron a absorción da sociedade polo Estado fixo que as forzas daquela rexurdiran cunha maior fortaleza ca antes, como se ve nos diferentes movementos políticos producidos en Europa oriental. Polo demais, esa pretensión de diluí-la sociedade no Estado contén unha boa dose totalitaria en canto que elimina a espontaneidade<sup>10</sup> que é a base indispensable para o desenvolvemento da iniciativa privada, deixando exclusivamente a cargo do Estado a configuración da orde social mediante a inversión do principio de subsidiariedade.

#### 5. Sobre as características máis relevantes da transformación do Estado

A desaparición do «Estado Benefactor», cunha estrutura modélica que continúa aínda formalmente vivente en moitas institucións políticas deste século, se ben non reflectida aínda en tódolos textos constitucionais —aínda que moitos incorporaron determinados principios como o da liberdade de mercado<sup>11</sup>, atópase confirmada polos programas postos en práctica polos gobernos dos Estados principalmente de Europa e, actualmente, de América Latina, que iniciaron intensos procesos de transformación do Estado e das súas estruturas fundamentais.

En Europa, o atraso do dereito constitucional positivo atópase compensado co adianto feito, nalgúns ámbitos, no dereito comunitario, habendo sistemas no dereito comparado, cuns moldes constitucionais, a pesar de seren claramente incompatibles coa versión ideolóxica do «Estado Social de Dereito», que posúen unha certa flexibilidade que permite a súa adaptación ó novo «Estado Subsidiario», a pesar da súa orixe marcadamente liberal e da antigüidade das súas normas. Isto ocorre coas Constitucións de USA e da Arxentina.

As sinaladas circunstancias levan á necesidade de realizar, á luz dos procesos de transformación do Estado que se promoveron, a sistematización dos principios fundamentais en que se apoia o novo modelo de Estado, tarefa esta que se ve facilitada pola similitude que se nota nas diferentes



reformas principiadas. Por outra banda é de salientar, en temas xerais, cales son as notas complementarias e as técnicas instrumentais que o Estado crea e utiliza para realiza-la súa propia transformación, a conto da reforma iniciada na Arxentina e noutros países do cono sur do continente americano.

Vexamos, pois, as características esenciais deste novo tipo de Estado:

(a) Mantéñense os principios rectores do tradicional «Estado de Dereito», baseado na división de poderes, garantía das liberdades e demais dereitos individuais e no sometemento da Administración á lei<sup>12</sup>. Sen embargo, algúns destes principios foron axeltándose á realidade política e social dos tempos. Neste senso, aínda ben a división de poderes entre o Executivo e o Legislativo pode chegar a ser utópica cando o partido político gobernante ten o control do Congreso, ninguén cuestiona a necesidade de que exista un poder xudicial independente e a súa función de garantía fronte ós excesos dos poderes públicos. Do mesmo xeito, a Administración non se atopa soamente sometida á lei positiva senón principalmente á xustiza cuns principios xerais que operan como límites non escritos á súa actuación lesiva dos dereitos das persoas privadas.

Opérase tamén unha progresiva ampliación do papel do Executivo como produtor de normas xurídicas de rango legal, non sendo casual que moitos cambios que se producen no ordeamento teñan a súa fonte en regulamentos de necesidade e urxencia<sup>13</sup>.

(b) No terreo político, a democracia pluralista e aberta continúa sendo un dos postulados esenciais do Estado de Dereito, tendéndose cara unha maior participación dos cidadáns en certa crase de decisións e estimulando a súa colaboración coas funcións públicas, ó tempo que se lle dá forza á máis ampla descentralización posible e axeitada a cada circunstancia.

Advirtese tamén que mentres se val cara a unha maior descentralización no seo de cada Estado, agroma no cadro internacional unha nova forma xurídica que instaura unha estrutura descentralizada de poder supranacional, a través da asociación nunha Comunidade, cun sistema normativo que prevalece sobre os dereitos dos países membros<sup>14</sup>. Este fenómeno, desenvolvido principalmente no Comunidade Económica Europea, comezou a proxecta-la súa influencia no proceso de integración ó levarse a cabo na Arxentina, Brasil e outros países, nun Mercado Común que ten por obxectivo facer máis libres ás respectivas economías.

O novidoso deste proceso dende o punto de vista institucional non é tanto a unión aduaneira coma a instauración do poder de legislar sobre as materias comúns inherentes ó comercio entre os Estados que integran a comunidade, coa mirada posta na protección da libre concorrencia.

Sen embargo, un dereito común de superior xerarquía que o dereito nacional require sempre dun tribunal, de igual natureza, para asegura-la vixencia do sistema, de xeito que os particulares poidan reclama-lo cumprimento efectivo das normas supranacionais. Doutro xeito, o dereito comunitario tería un carácter declarativo ou atoparíase atado ós criterios de aplicación e interpretación das normas que se elaboran en cada Estado, prevalecendo, como é lóxico supoñer, a protección dos intereses nacionais.

(c) O principio básico que lexitima a intervención do Estado no plano político, económico e social é o da suplencia. Por aplicación desta regra fundamental o Estado conserva certas funcións consideradas, en principio, indelegables<sup>15</sup> e irrenunciáveis (xustiza, defensa, seguridade, relacións exteriores), que son de seu en virtude da soberanía que traduce o ben común que mediante elas tenta conseguir, á vez que presta servizos públicos ou realiza actividades, en caso de insuficiencia da iniciativa privada ou coma complemento desta, sendo exemplos da concepción subsidiaria o que sucede en materia de previsión social, saúde, educación, transporte, para nomea-los casos máis significativos que proporciona o dereito comparado.

(d) No plano estritamente económico e sobre a base da regra da subsidiariedade<sup>16</sup> afirma-se a economía social de mercado como sistema predominante na maioría das nacións, apoiado en dous principios que, pola súa xerarquía, encabezan os ordenamentos ou programas de goberno: 1) o da libre iniciativa, que o Estado tende a protexer mediante o abandono da intervención como técnica de participación na economía; 2) o da libre concorrencia ó mercado, o que se procura por medio da desmonopolización e coa prevención e sanción da competencia desleal<sup>17</sup>.

Á súa vez, para cumprir coa finalidade social que se atopa instalada na economía de mercado os Estados incorporan ós respectivos ordenamentos normas de protección dos consumidores

e usuarios<sup>18</sup> mediante garantías xurídicas axeitadas que os defenden fronte ós abusos dos produtores, comerciantes e prestadores de servizos, procurando deste xeito conseguir un razoable equilibrio entre a liberdade e o ben común ó que se deben orientar as iniciativas particulares.

O exposto ten provocado un cambio de sentido no intervencionismo estatal que se orienta nunha dirección máis favorable ás liberdades económicas e sociais a través de diferentes técnicas que tenden a protexer e estimular, no seu caso, a iniciativa privada, a concorrencia ó mercado e o pluralismo social.

Desde xeito a chamada «economía social de mercado» que ten como bases a liberdade e a competencia, é o sistema económico do «Estado Subsidiario» (Conf. ERHARD LUDWIG y MULLER ARMACK A. *El orden del futuro*, páx. 26 e ss., trad. do alemán ed. EUDEBA, Bos Aires, 1981). Ó referirse ó principio de subsidiariedade os devanditos autores din que aceptando «a posición preferencial da individualidade humana, toda inxerencia do Estado debe ser subordinada e só pode ter lugar cando nin o individuo, nin a sobreordenada comunidade familiar, nin as comunidades relixiosas ou asociacións libres, están en condicións de solucionar os problemas existentes» (op. cit. páx. 191).

(e) A política social non é máis limitada como era no período do «Estado Benefactor». Ela non só debe eliminar inxustas discriminacións<sup>19</sup> que afecten ó principio de igualdade, a libre competencia ou a eficiencia do sistema productivo<sup>20</sup> senón que ó terse tomado conciencia dos gravísimos males sociais que produce a inflación, atopa limitacións de natureza económica-financieira e, en definitiva, atópase cada vez máis estritamente vinculada ó principio de suplencia medido en función das posibilidades do presuposto de cada comunidade. Esta vinculación máis estrita entre a política social e o principio de subsidiariedade constitúe un dos rasgos predominantes do novo tipo de Estado e quizais será un dos principais obstáculos que se opoñerá á súa plena realización debido a que, durante o período do chamado «Estado Social de Dereito», consolidouse, nos diversos Estados, un formidable poder sindical, cuns privilexios que resultan difíciles de desmontar.

Como resultado deste proceso a política social comeza a enfocarse dende unha óptica máis global e menos sectorial e na vez de tanto Estado ou igualdade como sexa posible, como predicaba o «Estado do Benestar», a sociedade impuxo novamente o axioma de tanta liberdade como sexa posible ou conveniente para tódolos compoñentes dunha determinada comunidade co obxecto de aproveitar os beneficios que xorden da economía social de mercado e da actuación supletoria do Estado.

Porque na base do «Estado Subsidiario» que vén reclamando a sociedade atópase a xustiza<sup>21</sup>, en tódalas súas direccións, coa idea de seu de achar un adecuado equilibrio entre o social e o individual, sendo unha función eminente do Estado a de asegurar a realización da xustiza particular (tanto a distributiva coma a conmutativa) dado que, por medio desta, se protexe principalmente a dignidade da persoa humana<sup>22</sup> que constitúe un dos principios fundamentais do dereito e que é, en definitiva, o fin esencial que debe perseguir un Estado que actúe realmente ó servizo do home, que precisa que a liberdade e demais dereitos inherentes, coma a propiedade, atópanse garantidos para o seu desenvolvemento persoal.

## II. TRANSFORMACIÓN E REFORMA DO ESTADO

### 1. Recepción do principio de subsidiariedade polo ordenamento

Non obstante o cuño liberal da nosa Constitución nos últimos cincuenta anos montouse un sistema que consagrou e privilexiou a intervención do Estado, xa sexa como titular de monopolios ou dono de empresas industriais ou comerciais, ou ben, como regulador activo do proceso económico. O increíble é que todo isto ocorreu baixo un sistema constitucional que lonxe de proclamar a regra da intervención estatal progresiva consagra a protección das liberdades económicas e dos dereitos de exercer actividades industriais e comerciais a favor dos particulares e non do Estado (art. 14 C.N.).

Sen embargo, hai dúas cláusulas da Constitución que xogaron o papel de fundamentar a instauración do estatismo: a) a prescripción contida no art. 67.28 da C.N. que reconece os chamados poderes implícitos do Congreso<sup>23</sup> e b) a chamada cláusula de progreso ou de benestar xeral, que

permite que o Congreso lexisle provendo «...o conducente á prosperidade do país, o adianto e benestar de todas as provincias» e que mediante leis protectoras promova «...a industria, a inmigración, a construción de ferrocarrís e canais navegables... a introducción e establecemento de novas industrias» e «a importación de capitales estranxeiros...» (art. 67.16 C.N.).

Pero esa interpretación, oposta á intelixencia do sistema constitucional, resulta agora contrastada a raíz do abandono da xestión económica estatal e da política de desregulación, instrumentada nos leis 23.696, ademais dos diversos decretos regulamentarios que introducen unha profunda transformación nos obxectivos que persigue o Estado<sup>24</sup>.

Trátase, en rigor, da recepción do principio de subsidiariedade polo ordenamento positivo o que se apoia nunha triple fundamentación: a) o propósito de que o Estado non realice todo aquilo que poden levar a cabo os particulares e comunidades menores enunciando claramente na Mensaxe do Poder Executivo<sup>25</sup>; b) a declaración das empresas suxeitas a privatización formulada nos Anexos da Lei 23.696 de conformidade ó seu artigo 9.º; c) a delegación no Poder Executivo para proceder a derroga-las cláusulas legais que obstan á privatización, desmonopolización ou desregulación (art. 10 lei cit).

## 2. As técnicas de reversión do estatismo

A causa se cadra máis importante que ten detido o desenvolvemento socio-económico de moitos pobos é o excesivo estatismo imposto polas diferentes concepcións políticas dominantes naqueles países que o padeceron. Dende logo existiron variados niveis ou graos de intervención do Estado na economía e nas relacións sociais pero isto non impide advertir unha certa unidade nas distintas medidas que adoptou a acción interventora estatal.

Esta unidade que caracteriza o proceso intervencionista refléxase fundamentalmente nos catro esteos do estatismo, a saber: a) a sobredimensión das estruturas administrativas e o conseguinte aumento da burocracia; b) as abundantes e excesivas regulacións que limitan e afectan as liberdades económicas e sociais fundamentalmente; c) a configuración de monopolios legais a favor do Estado, e d) a participación estatal exclusiva ou maioritaria no capital de empresas industriais ou comerciais.

Paradoxalmente a desmontaxe dese sistema require a utilización tamén de técnicas de intervención que operan nun senso oposto co obxecto de realiza-la reconversión das actividades e estruturas que servían ó chamado «Estado Benefactor». Dela, ocupámonos a continuación, á luz, principalmente, das reformas emprendidas en América do Sur que acudiron ós técnicas de reestructuración e racionalización administrativas, desregulación, desmonopolización e privatización de actividades<sup>26</sup>.

Por razóns obvias, non faremos neste lugar unha análise pormenorizada dos diferentes instrumentos normativos nin o detalle das medidas utilizadas nos sectores onde a reforma callou agás que isto sexa útil ós fins da exemplificación dos principios e técnicas xerais que guían o proceso de transformación do Estado.

## 3. Reestructuración e racionalización administrativas

Na primeira xeira da reforma do Estado na Arxentina a preocupación centrouse na redución inmediata do gasto público<sup>27</sup> e un bo exemplo disto constitúeno as distintas normas sancionadas pola Lei 223.697, chamada de Emerxencia Económica, e tamén nalgúns preceptos da Lei 23.696. Así, establecéronse, entre outras medidas: un réxime presupostario excepcional<sup>28</sup>, a suspensión dos beneficios promocionais e de toda clase de subsidios<sup>29</sup>, réximes de compensación das débedas dos particulares co Estado<sup>30</sup> e das débedas do sector público<sup>31</sup>, a suspensión da execución das sentencias que condenan ó Estado ó pagamento de sumas de cartos<sup>32</sup> e un réxime penal tributario e previsional<sup>33</sup> que procura asegura-lo cobro polo Fisco de impostos e demais contribucións.

Este enfoque estritamente fiscalista que nos seus comezos provocou unha abrupta caída da hiperinflación que padeciamos revelou ben axiña a súa insuficiencia estrutural pois non atacaba unha das causas fundamentais do fracaso do estatismo que radica na excesiva burocratización da nosa Administración Pública, incapaz de servir coma instrumento da reforma administrativa.

A súa inadaptabilidade para converterse nunha peza clave do proceso de transformación do Estado, o crecemento desmedido das súas estruturas orgánicas e o consecuente sobredimensionamento de persoal, indican a presenza dunha enfermidade endémica coñecida como «anquiloise institucional»<sup>34</sup> cuns efectos que reflicten lentitude de procedementos, proliferación de trámites e de intervencións administrativas, ineficacia dos servizos, etc.

Non obstante o que sostiveron autores de renome, pensamos que a inflación non é causa<sup>35</sup> senón efecto da «anquiloise institucional» xa que é a propia Administración decadente<sup>36</sup> xunto ó goberno que lle toca, os que xestaron o crecemento do Estado, a súa intervención progresiva na economía e o incesante aumento do gasto público, co apoio en teorías económicas, de base Keynesiana, das que validez técnica foi tan severamente cuestionada que provocou o abandono das políticas instrumentais do estatismo.

Varios son os factores que contribuíron a esa anquiloise os que, aínda co risco dunha excesiva simplificación, trataremos de resumir. Polo pronto, cabe advertir, nos gobernos de caseque tódolos países iberoamericanos, unha ausencia de visión política de conxunto sobre as misións que cumpre a Administración (en sentido amplo). Esta desconexión entre Goberno e Administración constitúe unha das razóns da carencia de políticas de revisión das estruturas administrativas e da consecuente inadaptabilidade destas para atender os requirimentos da sociedade.

A este defecto engadéñse outros tales como a falla de liderato nas xerarquías administrativas, a inexistencia dunha carreira administrativa, agravada pola práctica da recomendación para satisfacer a clientela política do partido que sobe ó goberno, as baixas remuneracións, que resultan comparativamente bastante inferiores ás que perciben as persoas ocupadas noutros ámbitos sectoriais e o chamado sistema de prebendas (automóvil oficial, adicionais, etc.) para dar unha idea o máis aproximadamente posible do proceso de anquiloise institucional que padece a Administración.

Como non podía ser doutro xeito este fenómeno deu orixe a unha creación indiscriminada de entidades, órganos e funcións de intervención nas actividades privadas que, cunha excesiva dotación de persoal, rematan por configurar un Estado paquidérmico, moito máis débil có Estado abstencionista do século anterior, dominado e rexido por intereses corporativos e empresarios que aproveitan a súa debilidade intrínseca para extraer das arcas fiscais toda clase de subsidios.

Na Arxentina, despois de certa indecisión inicial o Goberno deulle pulo agora á reforma do Estado en dous sentidos. Unha profunda reestructuración administrativa reduciu substancialmente as estruturas administrativas e eliminou as Secretarías de Estado ministeriais<sup>37</sup> existentes en cada Ministerio<sup>38</sup>, conxelando as vacantes existentes<sup>39</sup>. Á súa vez, a racionalización do persoal comezou tamén a impoñerse como consecuencia do dictado do recente decreto 1.757/90 que constitúe un dos intentos máis firmes dos feitos ata agora para concretar, na realidade, a revisión das estruturas administrativas<sup>40</sup>.

Con todo, o proceso de transformación do Estado parece aínda influído, neste aspecto, máis por consideracións fiscais, sen afondar no elxo do problema administrativo, que segue sendo a ineficacia da Administración para servir como instrumento dos intereses públicos. Mentres isto non se consiga coa execución dunha política que promova a xefatura dos mellores, ese liderato do que xa temos falado, a xerarquización das tarefas con remuneracións acordadas ó oficio que desenvolven os funcionarios e mentres non se consolide unha carreira administrativa que garanta unha Administración axelada que actúe con neutralidade política e eficacia indiferente<sup>41</sup>, non daremos atacado o grave mal que a afecta.

#### **4. A desregulación e a desmonopolización de actividades**

##### *a) Quid da desregulación e da desmonopolización*

Como técnicas de reversión do estatismo a desregulación e a desmonopolización de actividades e de servizos ocupan un lugar predominante, xunto á privatización. Con todo, a importancia da corrente que tende a desregular e desmonopolizar, non debe inducir a erro sobre o papel que cumpre o Estado como fazedor do ben común e principal organización xurídica que regula os dereitos e intereses privados, co propósito de harmonizalo exercicio destes co interese público.



O estudo destas técnicas carecería de sentido se o Estado non tivera asumido a plenitude do poder regulatorio ou o establecemento de monopolios, especialmente a favor das empresas nacionalizadas ou creadas polo propio Estado.

As causas que provocaron os abusos e desviacións da acción interventora do Estado son de variada tipoloxía. Dende o impulso irresistible dunha burocracia, carente de directivas, que tenta xustificar a súa actuación —ou aumenta-lo seu poder— ata as ideoloxías políticas que se sostiveron nas ideas de Keynes<sup>42</sup> o Estado do noso tempo histórico padeceu toda clase de males; de tal xeito que a miúdo se lña dado a utilización do mecanismo regulatorio para satisfacer fins privados provocando a disociación do interese público respecto do obrar administrativo, que agroma substituído polos intereses persoais dos funcionarios ou dos políticos<sup>43</sup>. Pero máis graves aínda son os efectos que provoca a utilización abusiva ou crecente do poder regulatorio ou na vida social e económica ó diminuí-las iniciativas particulares e a libre competencia que son condicións indispensables para o fornecemento e crecemento dunha determinada comunidade.

Segundo o principio de subsidiariedade toda economía cae, en primeiro lugar, no eido da auto-responsabilidade e da libre actividade do individuo, sendo este un principio ordenador que, xunto o dereito de propiedade privada, configura o ordenamento básico do mercado, ou ben, para empregar palabras textuais de Messner, «de la economía social en su ámbito de tráfico o de competencia»<sup>44</sup>.

Hai, pois, unha conexión entre subsidiariedade e desregulación ou desmonopolización porque o que se persegue con estas técnicas non é o establecemento dunha situación nihilista en materia regulatoria senón remove-los obstáculos que se opoñen á iniciativa privada e á libre concorrencia ó mercado. Este é, precisamente, o sentido que adquiren as técnicas de reversión do estatismo pero, ó tempo, é o que xustifica as regulacións do «Estado Subsidiario», co obxecto de instaurar-la estrutura legal indispensable para a realización das liberdades económicas e sociais, cousa que nunca descoñeceu a chamada Escola Austríaca de Economía<sup>45</sup>.

No actual proceso de cambio o Estado debe desregular e desmonopolizar co obxecto de instituíren un sistema de control eficaz da actividade privada que saia das propias forzas do mercado, para o cal hai que elimina-las barreiras que se opoñen á libre actividade industrial e comercial, suprimir subsidios e privilexios, asemade libera-lo comercio exterior, cunha redución razoable de aranceis e a supresión das trabas e prohibicións á importación<sup>46</sup>.

No noso sistema constitucional tanto a desregulación como a desmonopolización constitúen unha necesidade inevitable considerando que se a maior parte das regulacións e monopolios afectaron ou impediron de xeito substancial o conxunto de liberdades e demais dereitos individuais recoñecidos no artigo 14 da C.N., a súa subsistencia atranca a garantía de razoabilidade prescrita no artigo 28 da C.N. segundo a cal tales dereitos non poden «ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio».

#### *b) As técnicas utilizadas para a derogación de regulacións e de monopolios*

A derogación das normas que estatúen regulacións ou consagran monopolios vense levando a cabo por medio de diferentes técnicas.

En primeiro lugar, polo principio do paralelismo das formas, se a regulación ou o monopolio foron instituídos por lei formal e material, a súa extinción, en principio, corresponde a unha norma de idéntica natureza. Esta é a fórmula tradicional e ortodoxa<sup>47</sup>. Con todo, as Leis de Reforma do Estado e de Emerxencia Económica n.º 23.696 e 23.697, articularon distintos mecanismos de delegación para proceder á derogación de normas que afecten á iniciativa privada e ó principio da libre concorrencia. Fixérono non só por seguir unha tendencia que se acentúa no dereito comparado<sup>48</sup>, cara á transferencia de certas funcións normativas ó Poder Executivo, senón, fundamentalmente, porque no momento do deseño das políticas de transformación do Estado, nin os lexisladores nin o Poder Executivo dispuñan de tempo para analiza-las regulacións, privilexios e monopolios existentes nos distintos eidos da economía, cunha subsistencia que resultaba incompatible cos principios do «Estado Subsidiario».

Deste xeito, sen prexuízo da chamada derogación institucional, que se opera cando a lexislación sobre dunha determinada materia é substituída, en bloque, por outra posterior, sen derogar expresamente as normas anteriores<sup>49</sup>, as leis citadas utilizan tanto a técnica da remisión normativa como a da deslegalización<sup>50</sup>. Un exemplo de remisión legal proporcióno o artigo 24 da Lei 23.697, que faculta ó Poder Executivo a introducir ampliacións para atender as derogacións resultantes da aplicación da política salarial e previsional. Ó tempo, o artigo 10 da Lei 23.696 consagra unha clara deslegalización en canto habilita ó poder executivo a «disponer cuando fuere necesaria, la exclusión de todos los privilegios y/o cuando cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias, aún cuando a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio»<sup>51</sup>.

En exercicio da delegación prescrita no artigo 10 da Lei 23.696 elimináronse regulacións, privilexios e monopolios en diversos eidos coma o das comunicacións<sup>52</sup>, petróleo<sup>53</sup> e transporte aéreo<sup>54</sup> avanzándose actualmente cara a outros (v. gr. enerxía eléctrica). Paralelamente, no eido laboral dictouse a regulamentación do precepto da Lei 23.697<sup>55</sup> que encomenda ó Poder Executivo a revisión das cláusulas dos convenios colectivos de traballo do sector público susceptibles de afectar a produtividade e a eficiencia, téndose disposto en uso desa habilitación a derogación dunha serie importante de cláusulas, tales como as relativas á esixencia de manter dotacións mínimas de persoal e o réxime de estabilidade propio<sup>56</sup>.

## 5. A privatización de actividades públicas e privadas

### (a) Crise da empresa pública

A recepción lexislativa do principio de subsidiariedade, deu orixe, na Arxentina<sup>57</sup>, a un profundo proceso de privatizacións, tanto de actividades consideradas públicas ou de interese público, coma as que posúen carácter meramente industrial ou mercantil<sup>58</sup>, tradicionalmente rexidas polo dereito privado. Un proceso similar aconteceu anteriormente en Chile, ó privatizarse as empresas públicas integrantes de CORFO<sup>59</sup>.

Haí quen prefire falar de «reprivatizacións»<sup>60</sup> o que, no noso país é parcialmente certo, tendo en conta que o feito de que moitas empresas públicas naceron a raíz dun acto de creación estatal, sen que preexistiran coma entidades privadas.

O indubidable é que o fracaso da empresa pública en Latinoamérica constitúe un fenómeno xeneralizado con faltas que se resume tanto na ineficacia dos servizos ou actividades que levan a cabo coma na xeración de abultados déficits económicos e financeiros sendo, esto último, un dos factores que máis contribuíron á inflación que padecemos.

A falta dun dono individualizado que controle os gastos e os investimentos, do que o verdadeiro titular é, no fondo, un ente tan abstracto e ideal como é a comunidade, proxecta a súa influencia sobre quen administra a empresa pública, que en vez de considerala coma un obxecto de administración (no senso de servir a outro ou outros, neste caso ó público) concíbese coma un tipo de «res nullius», no mellor dos supostos. Ó facerse cada vez máis difícil hoxe en día o achado de bos administradores da cousa pública, imbuidos da idea de servizo, a privatización das empresas públicas, agroma coma unha solución que non se pode pospoñer máis tempo, máxime naqueles sistemas que encheron os cadros dirixentes cunha clientela política, carente de idoneidade e dun mínimo de ética indispensables para dirixir con exemplaridade e controla-la conducta do persoal.

Doutra banda, a velocidade dos cambios tecnolóxicos que se van producindo, incluído o automatismo derivado de novas técnicas<sup>61</sup>, requiren unha resposta rápida que as estruturas burocráticas non están capacitadas para ofrecer, algunhas veces por falta das ferramentas propias da moderna tecnoloxía industrial ou porque se requiren investimentos de risco que o Estado, pola súa natureza, non debe afrontar.

Sería practicamente interminable analizar en profundidade tódalas causa que levaron ó apartamento da empresa pública duns mínimos patróns de eficiencia e de produtividade, entre os que contan a inestabilidade dos seus directivos, a atadura coas finanzas públicas, os mecanismos de cambio ou compensación, a ineficacia dos controles, particularmente dos controles inherentes

á xestión empresarial e sobre todo, o extraordinario poder montado polos sindicatos dentro de cada empresa.

Fronte a esta realidade non pode negarse que a substitución dunha grande parte das actividades públicas ou privadas que realiza o Estado, por empresas a cargo de particulares, resulte unha necesidade imperiosa e unha oportunidade única na Arxentina, que se atopa favorecida polo apoio que dá hoxe a comunidade a este proceso de transformación do Estado<sup>62</sup>.

### *(b) Concepto de privatización*

O artigo 10 da Lei n.º 23.696 optou por acoller unha fórmula ampla para proceder á privatización ó prescribir que ésta «puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, o bien a actividad determinada». Con esta fórmula legal supéranse os sistemas anteriores dos que o alcance se centraba, fundamentalmente, no alleamento de activos ou na venda de accións<sup>63</sup>.

Sobre este punto, na doutrina uruguaia sostívose a tese ampla concibindo a privatización coma a pasaxe de cousas ou de actividades do sector público ó sector privado<sup>64</sup> criterio que compartimos coa salvedade de que aínda no senso lato as figuras concesionais poden ser consideradas coma unha forma da privatización, a lei arxentina distínguese<sup>65</sup>, non sendo necesaria, sen embargo, a declaración de «suxeita a privatización»<sup>66</sup> respecto dos entes ós que a Lei reserva o sistema de concesión<sup>67</sup>. No caso desta última figura o Estado conserva a titularidade pública do respectivo servizo ou actividade que exerce, por medio do poder xurídico de aproba-las tarifas ou os prezos e o control sobre o concesionario.

Noutros supostos, coma no caso da privatización do servizo telefónico, houbo unha derrogación da «publicatio» e aínda que o Estado resérvase determinados poderes de control e a fixación das tarifas, a titularidade do servizo pertence á empresa privada, ó non terse utilizado expresamente a técnica da licenza e non a da concesión<sup>68</sup>.

### *(c) Principios fundamentais que rexen nas operacións de privatización*

A L.R.E. arxentina contén un conxunto importante de principios esenciais que presiden todo proceso privatizador, seguidos tamén na maior parte dos países de América Latina que levaron ou están a levar a cabo o proceso de transformación do Estado. A súa transgresión, por afectar a orde pública administrativa, é susceptible de orixinal a nulidade absoluta da respectiva operación, cos inconvenientes xurídicos que derivan da imposibilidade de que se opere o saneamento de actos desta natureza<sup>69</sup> xa sexa por configurarse o vicio de violación da lei ou por conculca-las formas esenciais<sup>70</sup>.

Hal dous principios básicos que recolle a Lei 23.696: o de transparencia e o de publicidade. O primeiro tende a evita-los actos ocultos ou encubertos, é dicir, as desviacións de poder en que poden incorre-los gobernantes ou funcionarios de turno. Das aplicacións máis notorias son os preceptos relativos á necesidade de taxación previa como base da licitación ou concurso<sup>71</sup> e o establecemento de criterios obxectivos para a adjudicación<sup>72</sup>.

Co segundo principio, o da publicidade preténdese estimula-la máxima concorrencia de interesados nas diferentes operacións de privatización —por medio da difusión pública procurase a utilización de procedementos que permitan a máxima participación privada e unha axeitada tutela dos dereitos dos particulares.

Pero o gran principio que en certo xeito aglutina os dous anteriores é o da igualdade tanto no acceso ou concorrencia dos oferentes ó proceso privatizador coma durante á súa tramitación e adjudicación. A súa vixencia, implícita no sistema da lei, deriva dun principio xeral do dereito, o de igualdade xurídica cun alcance —aínda que concebido pola nosa Constitución coma igualdade perante a lei e as cargas públicas (artigo 16 C.N.)— que comprende tamén a igualdade perante a Administración<sup>73</sup>.

O influxo deste principio evidénciase, a súa vez, nos principais procedementos de selección adoptados pola L.R.E. (licitación pública, concurso, remate público e venda de accións en Bolsas

e Mercados de Valores)<sup>74</sup> na limitación da contratación directa a supostos excepcionais<sup>75</sup> e só cede, relativamente, naqueles supostos en que, co obxecto de estimular a xeración de iniciativas privadas, se outorga a estas un dereito de preferencia en caso de igualdade, ou ben, para participar nunha nova poxa, no caso de que houbera outra oferta mellor á de quen presentou a iniciativa<sup>76</sup>.

## 6. Reflexións finais

O exposto configura tan só un panorama da profunda transformación que está a suceder na Arxentina, á luz principalmente dos principios xurídicos e políticos que levan este proceso que persegue o abandono do estatismo e adopción do modelo que chamamos «Estado Subsidiario». Quedan aínda algunhas cousas importantes por facer, especialmente no eido da racionalización administrativa, a diminución efectiva do poder sindical e a protección dos consumidores e usuarios. E por riba de todo, precísase o deseño e a posta en práctica dunha política que modere os efectos da desocupación que inevitablemente ocorrerá durante o período de transición ata que o persoal despedido poda recolocarse no sector privado.

Dende logo que para dar cumprimento ós obxectivos que orientan a acción do goberno cumprirá contar con dous ingredientes non desprezables en todo proceso de cambio socio-económico: o consenso dos gobernados e a firmeza na execución das políticas artelladas.

O presuposto para que isto último aconteza e se xere o clima de confianza que require un proceso desta natureza radica tanto na idoneidade da solución técnica que se escolla para resolver cada problema ou situación coma no Imperio da moral pública. Do contrario, haberá inseguridade xurídica e, sobre todo, un desalento espiritual que se traslada (polos seus vasos comunicantes) ó seo da sociedade, desalento que á fin se troca nun instrumento destructor dos pilos particulares que colaboran na concreción das iniciativas transformadoras do Estado.

Nas actuais circunstancias é difícil predecir se isto ocorrerá ou non, pero do que si estamos seguros é de que este desafío supón unha das poucas oportunidades que nos últimos cincuenta anos se nos ofrece para poder inserirnos de novo no mundo civilizado e poder construí-lo camiño cara ó desenvolvemento das nosas institucións e o crecemento económico sostido, apelando a principios vixentes cando a Arxentina ocupaba a cima do comercio internacional. Na historia, o moderno, ás veces, consiste en aproveita-la experiencia do pasado.

Porque coma dicía o noso Borges «lo superaron los arduos alumnos de Pitágoras: los astros y los hombres vuelven cíclicamente»<sup>77</sup>.



## NOTAS

1. Vid.: BARRA, Rodolfo Carlos «Principios de Derecho Administrativo» páx. 35 e seguintes. Bos Aires, 1980. CAS-SAGNE, Juan Carlos «Derecho Administrativo» Tomo I, páx. 401. Bos Aires, 1986. MESENER, Johannes «Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural» páx. 336, Madrid, 1967, concibeo como un principio xurídico básico do Dereito Natural; ver tamén SOTO KLOSS, Eduardo «Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad (una aproximación)» en Revista de Derecho Público, números 39-40, páx. 32 e seguintes; Santiago de Chile; MASSINI, Carlos Ignacio, «Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad» en Rev. cit., páx. 51 e seguintes; SAGÜES, Néstor Pedro, «Principio de Subsidiariedad y principio de antiusubidiariedad», páx. 59 e seguintes.  
O principio de subsidiariedade, que no seu lado pasivo prohibelle ó Estado facer todo o que os particulares poidan realizar coa súa propia iniciativa ou industria e que, consecuentemente, tamén obsta a que o Estado, como comunidade de superior xerarquía, realice actividades que poidan cumprilas comunidades menores (provincias) ou os chamados corpos intermedios, encontra adecuado sustento na Constitución Nacional. En efecto, esta concibe os dereitos de exercer industria ou comercio, de ensinar ou aprender, entre outros, como dereitos a favor dos particulares e non do Estado (art. 14 C.N.) que se atopa limitado polo principio de legalidade (art. 19) e de razoabilidade (art. 28). Sobre o lado activo do principio de subsidiariedade (que leva ó Estado a intervir no caso de insuficiencia ou falta de iniciativa privada) a C.N. carece de prescricións específicas, se ben podería interpretarse que a cláusula do progreso (art. 67, Inc. 16) e o exercicio dos chamados poderes resultantes ou inherentes do Órgano Lexislativo poderían chegar a fundar a inxerencia estatal. Con todo, iso só sería posible no caso de insuficiencia da iniciativa privada e nunca para xustificar unha intervención estatal progresiva, como aconteceu entre nós.  
Estes claros preceptos constitucionais non impediron, sen embargo, o desborde do Estado, ó excedelas súas funcións básicas e asumir o exercicio monopolístico de actividades industriais ou comerciais ou a prestación exclusiva de servizos públicos. Por esta causa, a transformación do Estado en Arxentina non precisa de reforma constitucional ningunha, pois, neste senso a nosa lei suprema, pese a súa antigüidade venerable resulta agora máis moderna que nunca, ó ter adquirido unha vixencia real e efectiva gracias ó proceso de transformación iniciado por diferentes gobernos, pero impulsado decididamente a partir de 1989, coas leis 23.696 e 23.697.
2. O Partido Social Demócrata Alemán foi unha das primeiras forzas políticas europeas desta tendencia que advertiron que a estatización xerara a acumulación dun inmenso poder económico en cabeza dunha burocracia intraccolada. Vid. segundo apunta ENTREÑA CUESTA, na obra colectiva *El modelo económico de la Constitución Española*, dirixida por GARRIDO FALLA, páx. 154, Madrid, 1981.
3. Ver ó respecto: GOLDSCHMIDT, Werner *Introducción al Derecho*, páx. 409. Bos Aires, 1967.
4. Vid. PAREJO, Luciano *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, apunta que a orixe do Estado Social de Dereito atópase no pensamento de HELLER, páx. 30.
5. BARRA, Rodolfo Carlos, op. cit. páx. 43; MESSNER, Johannes, op. cit. páx. 332.
6. Conf. MESSNER, Johannes, op. cit. páx. 367.
7. Vid. GARCÍA PELAYO, Manuel *La transformación del Estado Contemporáneo*, páx. 15 e ss. Madrid, 1977.
8. PAREJO ALFONSO, Luciano, op. cit. páx. 82.
9. Conf. MESSNER, Johannes, op. cit. páx. 346-347.
10. Neste senso, dende o eido doctrinario do neoliberalismo económico, HAYEK sinalou que «a primeira obriga da xestión pública non é a de asegurar a satisfacción das necesidades humanas senón a de manter unha orde espontánea que lles permita ós individuos desenvolver tal tipo de actividade segundo fórmulas descoñecidas pola autoridade» (Conf. «Derecho, legislación y libertad», trad. española, Tomo II, páx. 63 e ss., Madrid, 1978-1979).
11. V. gr. o art. 38 da Constitución Española de 1978.
12. Vid. MARIENHOFF, Miguel *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, páx. 62-64, Bos Aires, 1990.
13. En Brasil, os cambios normativos instrumentáronse a través de Medidas Provisorias dadas polo Presidente da República en exercicio da potestade que lle atribúe o art. 62 da Constitución (Vid. Medidas Provisorias n.º 154/90 (Prohibición de reajustes de prezos e servizos) e n.º 155/90 (Creación do Programa Nacional de Desesfazación).
14. Vid.; GAUTRON, Jean-Claude, *Droit Européen*, páxs. 110-112, ed. Dalloz, París, 1989, destaca que a primacía do dereito comunitario é unha existencia lóxica vinculada a tres características da orde xurídica comunitaria: 1) a natureza da comunidade que repousa na limitación dos dereitos de soberanía dos Estados; 2) a

- autonomía do dereito comunitario que supón que un texto de dereito interno non lle pode ser oposto ou invocado xudicialmente e; 3) a unidade do dereito comunitario que impón que as regras comunitarias non poden ser paralizadas polas regras nacionais diverxentes [op. cit. páx. 110].
15. Con todo, hai algunhas excepcións á regra xeral á admisión da xustiza arbitral entre os particulares (con exclusión da xustiza penal) e as autorregulacións normativas nalgúns sectores (vid. gr. actividade das Bolsas e Mercados de Valores).
  16. Para a conexión entre subsidiariedade e economía social de mercado, véxase: MESSNER, Johannes, op. cit. páx. 347 e ss. A «economía social de mercado» é o sistema económico do Estado Subsidiario, dixo WOLFRAM ENGELS que o dito sistema «deja intacto el mecanismo de mercado hasta donde sea posible, pero complementado con medidas de seguridad social y de distribución de los ingresos» (Conf. «Futuro de la economía social de mercado» trad., del alemán, ed. EUDEBA, páxs. 39-40, Bos Aires, 1980).
  17. Non foi froito da casualidade que o principio da libre competencia constituía un dos esteos fundamentais da Comunidade Económica Europea, á cal se encontra subordinado os dereitos nacionais (véxase artigo 3.º, incisos c) e f) e artigos 85 e ss., entre outros, do Tratado de Roma).
  18. Vid. gr. o artigo 51.1 da Constitución Española de 1978. Na Arxentina a protección de consumidores e usuarios intégrese con varias leis, tales como as seguintes: N.º 22.802 (lealdade comercial), a n.º 22.802 (defensa da competencia), a n.º 20.680 (abastecemento), a n.º 18.284 (código alimentario) e a n.º 16.463 (medicamentos), que constitúen o marco xurídico básico, sen prexuízo doutras normas especiais e da lexislación penal; véxase o traballo «la protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley», de ALTERINI, LÓPEZ CABANA e STIGLITZ, publicado na revista *La Ley*, 1989-b, páx. 1.002 e ss.
  19. Sobre do punto véxase: «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», páxs. 240-242, Madrid, 1984, no caso «Sotgiu» onde se aplicou o artigo 48 do Tratado que prohibe toda discriminación baseada na nacionalidade dos traballadores.
  20. Conf. art. 44, da Lei 23.697 que prescribe: «Encomiéndase al Poder Ejecutivo nacional la revisión de los regímenes de empleo, fueren de función pública o laborales, vigentes en la Administración Pública nacional centralizada o descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, bancos oficiales, obras sociales y organismos o entes provisionales del sector público y/o todo otro ente estatal cualquiera fuere su naturaleza a efectos de corregir los factores que pudieren atentar contra los objetivos de eficiencia y productividad señalados en el artículo anterior. A tal fin, entre otros medios, la convocatoria y/o creación de las instancias de negociación colectiva con las asociaciones gremiales de trabajadores que representan a los distintos segmentos de personal, posibilitarán acuerdos paritarios para la ejecución de lo dispuesto en este artículo». A súa vez o Decreto n.º 1.757/90 no exercicio desa potestade ten derogado tódalas cláusulas convencionais, actas acordo ou todo o acto normativo que establezcan condicións laborais distorsionantes da produtividade ou que impidan ou dificulten o normal exercicio do poder de dirección e administración empresarial (art. 67). Entre as cláusulas que se derrogan inclúense expresamente as seguintes: a) cláusulas de axuste automático de salarios ou viáticos; b) pago de contribucións e subsidios para fins sociais, non establecidos expresamente na lexislación vixente; c) normas que imponían o mantemento de dotacións mínimas; d) normas que llimiten ou condicionen as incorporacións ou promocións de persoal a requisitos alleos á idoneidade, competencia ou capacidade dos traballadores; e) cláusulas ou normas que inclúan a niveis xerenciais ou de condución superior no ámbito de aplicación dos convenios colectivos de traballo; f) réximes de estabilidade propia.
  21. O Preámbulo da nosa Constitución proclama, entre os fins do Estado, o de afianza-la xustiza, sendo evidente que este principio, pola súa xerarquía, atópase á cabeza do ordenamento, prevalecendo sobor do dereito positivo creado polo Congreso ou polo Poder Executivo.
  22. Véxase: PAREJO, Alfonso Luciano, op. cit., páxs. 70-72; este autor apunta que «la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social» (páx. 71).
  23. A interpretación constitucional desta cláusula, a diferenza do ocorrido en Estados Unidos, foi obxecto de interpretacións erróneas, admíndose unha gran latitude nos poderes que exerceu o Congreso; unha correcta interpretación sobre os poderes implícitos do Congreso, entendendo por tales os que se derivan por implicación ou extensión dos poderes expresos prescritos nos diferentes incisos do artigo 67 da C.N. é a que efectuou Jorge A. AJA ESPIL [Constitución y Poder, *Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, páxs. 140 e ss. Bos Aires].
  24. Ten dito DROMÍ que «el intervencionismo generó un crecimiento desproporcionado del Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente, cada vez más «empresas públicas» y cada vez más «cometidos públicos» agregando que «el Estado usó y abusó de la descentralización bajo todos los modos y modelos jurídicos». Este fenómeno, que denominamo-la regra da intervención estatal crecente, distorsiona «la misión y el deber ser del Estado» impediendo distinguir «lo principal y lo accesorio, lo indelegable de lo delegable, lo que debe

- ejecutar directamente de lo que puede ejecutar indirectamente» (Conf. «La reforma del Estado. Privatizaciones y Concesiones», ed. diario «Ámbito Financiero», pág. 12, Bos Aires, 1989).
25. Ainda que a Mensaxe do Poder Executivo non integra a lei constitúe unha fonte de interpretación da L.R.E. por canto o proxecto presentado por aquel foi a que, cunhas poucas modificacións que non alteraron a súa esencia nin a súa finalidade, resultou en definitiva sancionado polo Congreso.
  26. O deseño da política e a adopción das técnicas utilizadas na Arxentina atópase —como sinalabamos antes— nas leis 23.696 e 23.697 que constitúen un conxunto normativo de disposicións que conforman unha unidade orgánica e institucional; non obstante hai unha tendencia a considerar como Reforma do Estado só a instrumentada pola Lei 23.696; nesta liña atópase o traballo citado de DROMI e o libro de HUTCHINSON, GRECCO e BARRAGUIRE (*La reforma del Estado*, páxs. 9 e ss., Bos Aires, 1990).
  27. Unha tendencia similar advírtese en Brasil (vid. gr. Medidas previsorias números 160, 161 e 168 relativas a impostos) e en Uruguai. Neste último país DURÁN MARTÍNEZ fai referencia a un proxecto que impón ás empresas industriais e comerciais do Estado a formulación de programas quinquenais e decenais, o axuste dos seus presupostos a eses programas e a prohibición de desempeñar actividades non previstas nos presupostos. (vid.: «Procesos de Privatización», exposición pronunciada nas «Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo», o 10 de agosto de 1990, no C.U.D.E.S., en prensa).
  28. Artigo 28 e ss., Lei 23.697.
  29. Artigo 2.º, 4.º e ss. da Lei 23.697.
  30. Artigo 36, Lei 23.697.
  31. Artigo 37, Lei 23.697.
  32. Artigo 50 e ss. da Lei 23.696.
  33. Artigo 64 e ss. da Lei 23.697.
  34. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Española*, 4.ª ed. Alianza Editorial, pág. 102 e ss., Madrid, 1985.
  35. GALBRAITH, John K. *La sociedad opulenta* trad. esp., Barcelona, 1960, pág. 254, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA [op. cit. pág. 159, nota 42].
  36. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit. pág. 102, afirma que é «propio de las organizaciones humanas lo que podemos llamar su condición desfalleciente, su carácter claudicante. La historia de la sociedad de los hombres nos presenta por de pronto un vasto cementerio de organizaciones, un constante proceso de lanzamiento, de madurez y de muerte, de fórmulas institucionales que gozan del fulgor del éxito durante unos momentos y que concluyen finalmente por desaparecer. Sólo aquellas organizaciones que saben transformarse, que saben adaptarse al cambio de medio social en el que están y del cual se nutren, pueden aspirar a una relativa permanencia. La innovación organizativa, la revisión constante de estructuras, lejos de ser entonces la expresión de una discontinuidad histórica, es, por el contrario, la única garantía de una cierta y relativa continuidad, el único medio de vencer lo que desde ahora podemos dar por establecido, que es el primero y el más grave de los fenómenos patológicos de las organizaciones humanas, la anquilosis institucional».
  37. Vid.: Art. 22 do Decreto 435/90. Neste aspecto, a reforma non se estendeu ó ámbito da Presidencia da Nación, onde aínda hai unha excesiva cantidade de Secretarías.
  38. A norma prescribe o axellamento das respectivas estruturas ministeriais de xeito que contén cun máximo de ata trinta e dúas sub-secretarías para o conxunto de tódolos ministerios (artigo 22, in fine, do Decreto 435/90).
  39. Artigo 27 do Decreto 435/90.
  40. O decreto citado no texto crea un Comité Executivo cara ó control da reforma administrativa que funciona no Ministerio de Economía e que ten por finalidade esencial a reestructuración e racionalización administrativas (artigos 29 e ss. do Decreto 1.757/90). Entre as medidas que se prescriben atópanse a supresión de estruturas e organismos, a redución de persoal, en particular o que se desempeña nas plantas permanentes, e a diminución dos prazos en que un empregado público pode permanecer en situación de dispoñibilidade.
  41. GARRIDO FALLA, Fernando *Tratado de Derecho Administrativo* páxs. 61-62, 10.ª ed. Madrid.
  42. O propio Keynes dixo que todo político soe ser excravo dalgún economista defunto.
  43. Tense sinalado que «la pervivencia de muchas formas de intervención administrativa no tiene en realidad otra justificación que ésta; no, pues, la de servir a los fines propios de la organización sino a los personales de sus agentes. He aquí algo que vulnera la idea esencial de la burocracia como un simple instrumento racionalizado de organización, llamado a sostener a ésta en su objetividad e impersonalidad, y en modo alguno a obstaculizarla o mediatizarla» GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit. pág. 121).
  44. MESSNER, Johannes, op. cit. pág. 1.427.
  45. ZANOTTI GABRIEL, J. *Economía de mercado y doctrina Social de la Iglesia*, páxs. 52-53, Bos Aires, 1985. Anota este autor que HAYEK sinala que «la argumentación liberal... no llega, antes bien afirma que si la compe-

- fencia ha de actuar con ventaja, require una estrutura legal cuidadosamente pensada...» añadiendo que «se ha desatendido, por desgracia, el estudio sistemático de las instituciones legales que permitirían actuar eficientemente al sistema de la competencia...», *Camino de servidumbre*, cap. III, trad. española, ed. Alianza, Madrid, 1967.
46. Conf. MESSNER, Johannes, op. cit. páx. 1.380.
47. Vid., gr. o artigo 15 da Lei 23.697 que derogou as autorizacións da Lei 21.382 que debía outorgalo Poder Executivo para a radicación de investidores estranxeiros.
48. Véxase: BIANCHI, Alberto A. *La delegación legislativa*, Bos Aires, 1990, páxs. 61-94, respecto da delegación lexislativa no dereito público angloamericano.
49. Vid.: MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, páx. 259, Bos Aires, 1990, co apoio nos autores chilenos AYLWIN e SILVA CIMMA.
50. Sobor do significado destas técnicas pode verse: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 4<sup>ª</sup> ed., páx. 255 e ss., Madrid, 1988; entre nós BIANCHI non se manifesta moi do lado desta clasificación no dereito argentino, vid. op. cit. páx. 236.
51. A derogación das regulacións e monopolios pode levarse a cabo, aínda fóra dun determinado proceso de privatización conforme á última parte do artigo 10 da Lei 23.696, co obxectivo de desregular ou desmonopolizar un servizo calquera, expresión esta que debe interpretarse nun amplo senso (de acordo co fin da lei) que abrangue calquera actividade e non restrinxindo á noción de servizo público. Polo demais, o artigo 10 do Decreto 1.105/89, regulamentario da Lei 23.696, prescribe a derogación tácita de toda norma legal ou regulamentaria que estableza privilexios, prohibicións ou monopolios que non sexan expresamente ratificados no Decreto polo que se prescribe que unha empresa, actividade ou ben, decláranse «sujetos a privatización» de acordo co réxime do artigo 10 da citada lei. Para HUTCHISON, GRECCO e BARRAGUIRRE esta norma sería anticonstitucional porque os privilexios, monopolios, etc., creados por lei só poden ser derogados do mesmo xeito (op. cit. páx. 108). Semella que esta opinión non ten en conta que se trata dunha delegación lexislativa a través da técnica da deslegalización polo que o principio do paralelismo das formas cedeu por mor do prolo lexislador que transfire ó Poder Executivo a potestade específica de derogar privilexios, monopolios e regulacións discriminatorias para cumprir cos fins previstos na lei. Esixir, neses casos, unha lei formal e material non repara no feito de que certas formalidades son útiles cando hai que tomar unha decisión negativa. Do mesmo xeito non garda coincidencia cos principios de interpretación das leis que xorden da xurisprudencia da Corte, segunda a cal debe preferirse aquela interpretación máis favorable á validez e ós fins da lei pois, neste suposto, o principio do paralelismo das formas foi excluído polo lexislador (véxase: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, op. cit. Cap. II, punto 4 b) con cita de Ordent).
52. V. gr. *Decreto Plan n.º 731/89*, no artigo 5 prescribe: De acordo co disposto no artigo 10 da Lei n.º 23.696 «el acto que declare sujeta a privatización puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, o bien actividad determinada. Con el mismo régimen que el indicado en el artículo anterior, el decreto del Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer, cuando fuere necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aún cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio».
53. Vid. Decretos números 1.055/89 y 1.212/89.
54. Véxase D. 1.591/80.
55. Artigo 44 da Lei 23.697.
56. Vid. Decreto 1.757/90, artigo 67.
57. Sobre a recepción do principio de subsidiariedade e o conseqüente proceso de privatizacións en Chile, véxase VIDELA MALJENDA, Miruncho no libro *Estado empresario y privatización en Chile* 1990, Cap. IV, especialmente páxs. 102 e ss., Santiago de Chile, 1990. En Bolivia, dende 1985, tomou un grande pulo o proceso de privatizacións permitiéndoseles ás empresas privadas, actuar en eldos reservados anteriormente ás empresas estatais. Estas áreas inclúen o transporte aérea, a industria láctea, algúns servizos sociais, a exploración e a explotación mineiras (Conf. Bolivia Guía Informativa, ed. Price-Waterhouse, páx. 21, La Paz, 1988).
58. A clasificación das actividades que pode levar adiante o Estado —segundo a García Trevijano Fos— segue o seguinte cadro: 1) funcións incedibles ou indelegables (ex. xustiza, defensa, relacións exteriores); 2) servizos ou actividades de titularidade pública (son os que satisfán unha necesidade primordial, con titularidade estatal que deriva dunha «publicatio» da respectiva actividade); 3) actividades de interese público (v. gr. a radiodifusión); e 4) actividades económicas sinxelas (as meras actividades industriais ou comerciais), vid.: GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio no libro sobor de *A Empresa Pública*, tomo I, páxs. 70 e ss., publicacións do Real Colexio de España en Bolonio, Zaragoza, 1970.
59. Vid.: BRASSEUL, Jacques *El resurgimiento del liberalismo económico en la América Latina*, páx. 178 e ss., ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984, onde sinala que o sector público foi practicamente desartella-



do polas desnacionalizacións realizadas por CORFO que, de 507 empresas de 1973, non controlaba máis de 15 en 1980. Apunta este autor que: «Las privaciones de las empresas se dan en todos los dominios: desde el monopolio estatal del petróleo hasta el cementerio de Santiago, controlado por el Estado durante un siglo. El Estado ha privatizado también las actividades financieras y bancarias: el sector privado, que sólo realizaba el 7,5% del ahorro en 1974, representó el 65% en 1979. El sector público está limitado ahora a actividades estratégicas como la extracción del cobre, los transportes y la siderurgia. En total la parte del Estado en la economía ha pasado de un 43% en 1973 a un 3% en 1980, un fenómeno único en la historia económica reciente (op. cit., páx. 190).

60. ARIÑO ORTIZ, Gaspar «Teoría de la reprivatización» en *Privatización y Desregulación*, ed. Ciencias de la Administración, páxs. 31 e ss., Bos Aires, 1989.
61. Vid., OMINAMI, Carlos *Tercera revolución industrial y opciones de desarrollo*, páxs. 15 e ss., Bos Aires, 1986.
62. Conf. TAWIL GUIDO, Santiago «En busca de una nueva Argentina», op. cit., en nota 58, páx. 263.
63. Véxanse ó respecto as prescricións da Lei 22.177.
64. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, op. cit. Cap. II, ponto 2.
65. Especialmente no Anexo I da Lei 23.696.
66. BARRA, Rodolfo C. en «Privatización y Desregulación» que prescribe o artigo 10 da LRE «es un poco la inversa de la declaración de utilidad pública que hace el Congreso cuando tiene que expropiar». Nun sentido similar a dita declaración constitúe o reverso da «publicatio».
67. Esta consecuencia despréndese da última parte do precepto contido no artigo 9.º da Lei 23.696.
68. O Estado non podería, entón, rescata-lo servizo público (sería un servizo público impropio ou unha actividade de interese público), senón, en todo caso, fronte a un incumprimento obrigacional, declara-la caducidade da licenza, véxase: *Decreto Plan n.º 718/89*.
69. MARIENHOFF, Miguel *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, páx. 548, Bos Aires.
70. Artigo 19, Lei 23.696.
71. L.N.P.A., Artigo 14, b).
72. V. gr. Artigo 18, Lei 23.696, respecto dos sistemas de contaxe ou porcentuais para a avaliación, vid. así mesmo: artigo 18 do Decreto 1.1105/89.
73. CASSAGNE, Juan Carlos *Os principios xerais do dereito no dereito administrativo*, páx. 84, nota 73, Bos Aires, 1988.
74. Artigo 18, Lei 23.696.
75. Os supostos de contratación directa atópanse limitados ós casos en que se instrumenten programas de propiedade participada ou cando existan persoas físicas ou xurídicas, que acheguen novas vendas relacionadas co obxecto principal da empresa capitalizando os respectivos beneficios (Conf. art. 18, Lei 23.696). Esta última posibilidade resulta difícil de encadrar no noso sistema xurídico.
76. Artigo 58, Lei 23.696.
77. *Obras Completas, 1932-1972*, ed. Emecé, páx. 863, Bos Aires, 1974.