



ISSN 1850-2512 (impreso)
ISSN 1850-2547 (en línea)

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Documentos de Trabajo

Area de Reforma del Estado

**Reforma del Estado y Mercosur
Hacia la construcción de un Derecho Público
Comunitario**

N° 65

Jorge Luis Salomoni

Departamento de Investigaciones

Mayo 2001

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Para citar este documento:

Salomoni, Jorge Luis (2001). Reforma del Estado y Mercosur. Hacia la construcción de un Derecho Público Comunitario.

Documento de Trabajo N° 65, Universidad de Belgrano. Disponible en la red:

http://www.ub.edu.ar/investigaciones/dt_nuevos/65_salomoni.pdf

1.- Reforma del Estado y Mercosur. Hacia la construcción de un Derecho Público Comunitario¹

Introducción

Desde mi punto de vista, todo proceso de integración regional constituye, fundamentalmente, un proceso cultural². De ser válida tal afirmación, ello implica necesariamente, que la integración solo podrá realizarse cuando se vaya conformando un sistema de valores comunes entre los actores del proceso, que incluye una visión del mundo en el que se vive y hacia el cual se pretende ir, y que el propio proceso sea internalizado como bueno por esos mismos ciudadanos de los países miembros de la unión³. Ello podrá ser posible, a su vez, cuando la interacción comunicativa entre los individuos -cualquiera sea su posición social, política, económica, intelectual- vaya produciendo ese sistema axiológico, y además, éstos vislumbren, y se generen en la realidad, mejores condiciones de vida respecto a las que tenían en el pasado. Esto constituye un nuevo proceso de legitimación de un estadio superior de organización como es la unión, sea ésta, aduanera, económica o política.⁴

La dimensión cultural, es entonces en mi opinión, uno de los más importantes problemas de la integración: sin cultura común no hay real integración.

Entonces, y porque el derecho es cultura⁵, el gran desafío de la hora actual para los juristas de América del Sur, lo constituye, sin duda alguna, el establecer un torrencial y fluido intercambio de ideas que permitan, previa contrastación con la realidad, sentar las bases jurídicas del proceso de integración en general, y del Mercosur en particular.

1. Artículo publicado en la obra "Direito Global" dirigida por los Prof. Carlos Ari Sundfeld y Oscar Vilhena Vieira, Ed. Max Limonad, S. Paulo, Brasil, 1999, pág. 127 y ss.

2. Es muy importante la visión de Jacques Delors, ex-presidente de la Comunidad Europea, en punto al origen del proceso de integración europeo: "Conocerán ustedes quizás estas palabras que le pido prestadas a Jean Monnet, pero que en realidad nunca fueron dichas: *Si habría que hacerlo de nuevo comenzaría por la cultura*...La convicción, premonitoria, era que una etapa de la construcción europea se estaba produciendo: la de una aventura elitista, esencialmente económica, que consistía en pasar de una estrategia del pequeño escalón a la de un verdadero proyecto político y cultural. Y no se trataba solamente de colgar una cortina cultural sobre un fondo económico, como quien agrega azúcar para disimular la amargura de una poción o, si prefieren, como colocar una cereza sobre una torta opulenta". ("Al principio era la economía...", Revista "Integración Latinoamericana", N° 196, pág., 85, INTAL, Buenos Aires, diciembre de 1993).- No hay que olvidar que: "La cultura aparece en la sociedad con ese carácter más o menos unitario que confiere un sistema de referentes de la identidad en el seno de una comunidad". (Llamas, Angel, "Cultura y Sociedad. Exponentes de una visión desde la crisis de la cultura", en VVAA, "Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX", pág., 239, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996).-

3. Tomando la perspectiva de las élites dirigentes europeas, se ha dicho que: "Al margen de los nobles ideales de sus visionarios fundadores, la evolución desde la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1952 hasta la Unión Europea en los años noventa puede explicarse casi por completo en términos de un *modus vivendi*: la integración constante ha tenido lugar en gran medida porque la clase política de cada estado creía que era en interés de su propio país. No hay nada inusual en esto; por el contrario, sería raro que estados independientes estuvieran deseosos, a primeras, de negociar su soberanía en favor de arreglos federativos sobre una base distinta del interés nacional". (Norman, Wayne J., "La construcción de una Unión Federal Europea. Una perspectiva filosófica-política", en Revista Internacional de Filosofía Política, N° 7, pág., 63, Universidad Nacional de Educación a Distancia-España, Universidad Autónoma Metropolitana-México, 1996).-

4. Sobre la organización comunitaria y su relación con los ciudadanos, es interesante la observación de Eduardo García de Enterría con referencia a Europa y luego del Tratado de Maastrich: "Hay que decir que hoy estamos ante una opacidad manifiesta del sistema institucional europeo ante la opinión pública...Hay que decir que esa opacidad, esa oscuridad, esa incomprendibilidad que el sistema actual europeo presenta frente a los ciudadanos es una objeción no meramente estética; por el contrario, se trata de una objeción política central al sistema. Tales condiciones en un sistema político llevan a éste a una deslegitimación democrática pura y simple. Si los ciudadanos no comprenden, no hacen suyas las decisiones europeas, no se sienten implicados en ellas, la democracia quiebra en su resorte principal. Y tal desinterés se ha mostrado con la mayor claridad, por ejemplo, en las últimas elecciones al Parlamento Europeo..."("El Proyecto de Constitución Europea", en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 45, pág., 17, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995).-

5. "El Derecho forma parte del mundo de la cultura puesto que a través de la objetivación, por medio de mandatos, con origen en conductas humanas, de pautas de vida social, pretende orientar la conducta de los hombres. Esas formas de vida social cristalizadas, esos *standars* de conducta, sobreviven a sus autores, son cultura...El Derecho es cultura y está inserto en una forma general de cultura propia de cada tiempo histórico y también propia de las líneas de evolución y de las influencias producidas en cada sociedad". (Peces-Barba, Gregorio, "Introducción a la filosofía del derecho", págs., 84 y 86, Editorial Debate, Madrid, 1988). Desde otro punto de vista, el antropológico, se ha sostenido que, la mayoría de las veces, en el pensamiento jurídico: "Se pasa por alto que lo prima es la concepción del derecho como *forma de pensamiento de una cultura y en el seno de una cultura*; el derecho es esencialmente un elemento cultural. A veces se pierde esta idea, diluida en la tecnicidad de la actividad jurídica o se transforma en un argumento hueco y empleado, tanto si conviene como si no, para legitimar reglamentaciones *ad hoc* y *ad hominem*. Pero ésta percepción implica el desafío de *pensar el derecho como cultura*. Es ir mucho más allá de la mera reflexión sobre los instrumentos jurídicos acordados por los sujetos del derecho". (Broekman, Jan M., "Derecho y antropología", págs., 18/9, Editorial Civitas, Madrid, 1993).-

Desde esta perspectiva, el primer problema que se nos presenta consiste en formular las preguntas adecuadas que puede generar la vertebración jurídica de un modelo de integración, para indagar luego, si estas son iguales para todas las uniones regionales, constituidas o a constituirse, y de serlo en el fondo o en su núcleo, si su formulación no reconoce distingos que deben partir de las peculiaridades de ese sistema cultural, que incluye los subsistemas político, económico, social y jurídico de un país o región dada en un momento histórico determinado.

Ahora bien, si se logran formular esas preguntas adecuadas y, apriorísticamente, la respuesta a los interrogantes planteados es doblemente positiva, esto es, las preguntas en su núcleo pueden coincidir pero su formulación puede reconocer diferencias, el segundo problema a resolver es si es posible establecer algún método que permita distinguir, en punto a la ciencia jurídica, la problemática universal, de las particularidades culturales de la región considerada.

En otras ocasiones ha sostenido la necesidad de utilizar un método de análisis para las instituciones jurídico-administrativas, utilizable, a su vez, para cualquier rama del ordenamiento, que permita integrar cuatro planos o niveles de conocimiento, conjuntamente con su evolución histórica⁶ y con la conformación del modelo al que se aspira o se cree valioso realizar para la sociedad y el individuo del país que se considere⁷. Esto último como integración de las necesidades y valores de esa sociedad con la evolución y universalización de los diversos sistemas que se generan en otras regiones y sociedades.

Ello así porque, sostengo que la disfunción en la creación y aplicación del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, la pérdida de legitimidad de las instituciones jurídicas, se produce cuando esos planos o niveles que necesariamente deben distinguirse, no son percibidos o no son integrados, y además no evolucionan al mismo tiempo o con la misma intensidad o dirección, y por lo tanto no se puede establecer, con claridad, el nuevo modelo o racionalidad a la que se aspira.

Los planos de conocimiento a que me refiero son: a) la concepción filosófica política que fundamenta y explícita la concepción del Estado en cuanto a su origen, su relación con el poder, el fundamento de legitimidad del mismo, sus elementos, las formas que puede adoptar, etc.; como así también la teoría de la justicia y de los derechos de la sociedad e individuo objeto de estudio, b) la teoría constitucional o las normas constitucionales, conjuntamente con el ordenamiento supranacional, y dentro de él, fundamentalmente el comunitario, que vertebran y plasman las mencionadas bases filosóficas y políticas, c) el ordenamiento administrativo particular necesario y posible para lograr la efectiva vigencia del sistema de poder (potestades y derechos) al cual se aspira⁸, y d) el plano fáctico, del cual nace y a quien va dirigida la institución de que se trate.

La disfunción se produce entonces, y entre otras razones, cuando el creador de la norma o el interprete se encuentran que cambió la situación fáctica o la concepción filosófica, pero se mantiene el antiguo ordenamiento constitucional o particular o viceversa, o cambia el ordenamiento constitucional y no el particular, y así sucesivamente. Se supone, es deseable, que los cuatro estamentos deben ser relativamente homogéneos entre sí, en un grado tal que permitan soluciones a los problemas que pudieran plantearse dentro del propio sistema.

⁶. Salomoni, Jorge Luis, "Reglamentos de necesidad y urgencia: Análisis de la justificabilidad de su incorporación al plexo constitucional. Sistema de poder, producción y aplicación de la norma", en VVAA, "Estudios sobre la Reforma Constitucional", pág., 220, Depalma, 1995; y en "Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos", Revista "Actualidad en el Derecho Público", pág., 35, SCS & Asociados Editores, Buenos Aires, 1996.-

⁷. "El presente auténtico es, desde hoy, el lugar donde tropiezan la continuidad de la tradición y la innovación...El espíritu de la época recibe impulsos de dos movimientos intelectuales contrarios, interdependientes e interrelacionados: el espíritu de la época prende con la chispa del choque entre el pensamiento histórico y el utópico. A primera vista ambas formas de pensamiento se excluyen mutuamente. El pensamiento histórico, nutrido por la experiencia, parece estar llamado a criticar los proyectos utópicos; el exuberante pensamiento utópico parece tener la función de exponer alternativas de acción y posibilidades de juego que trasciendan a las continuidades históricas". (Habermas, Jünger, "La crisis del Estado de Bienestar y el agotamiento de las energías utópicas", en "Ensayos Políticos", págs., 113/4, Ediciones Península, Barcelona, España, 1994). Cabe destacar que, desde mi perspectiva, la conjunción de ambos pensamientos constituye el gran desafío teórico que tenemos por delante los intelectuales.-

⁸. "Ahora bien, dentro de las teorías del poder parto del concepto relacional del mismo, esto es, entender el poder como una relación intersubjetiva de la cual un sujeto obtiene del otro un comportamiento que el segundo de otra manera no hubiera realizado". Salomoni, Jorge Luis, op., cit., "Reglamentos de necesidad y urgencia: Análisis...", pág., 220.-

Ahora bien, la evolución histórica desigual de los planos o niveles, trae aparejado dos consecuencias de alta significación: en primer lugar, se deslegitima el ordenamiento jurídico, produciendo una crisis de credibilidad de las instituciones democráticas creadoras de tal ordenamiento; y en segundo lugar, por un lado, el interprete debe constituirse en ordenador del sistema, situación que lo pone en la delicada tarea de integrador del ordenamiento, y por otro lado, y por aquella primera consecuencia, debe utilizar, muchas de las veces, argumentaciones no jurídicas para resolver cuestiones jurídicas, ya que el propio ordenamiento no le dá solución a la nueva cuestión planteada. Esto es, debe argumentar política, sociológica, económica o filosóficamente para arribar a soluciones jurídicas que paradójicamente, cree el interprete que no se encuentran, en principio, en el ordenamiento⁹.

2.- Búsqueda de formulación de las preguntas adecuadas:

El presupuesto del que parto para tratar de formular las preguntas adecuadas es que existe una necesidad de construir un derecho público comunitario contemporaneamente con el avance del proceso de integración. No con posterioridad. Sino reitero y sostengo, que la teorización y construcción de ese derecho público debe ser una base estructural de la construcción global del sistema jurídico de la Comunidad.

No debe olvidarse que transitamos, aún hoy, un largo período histórico que, como bien lo explica Zagrebelsky, se lo puede caracterizar como de "transformación de la soberanía", -tanto externa como interna en mi concepción-, esto es, por un lado, el desdibujamiento, la pérdida de claridad del concepto que fundó, y sobre el que se asentó, la construcción nacional e individual del derecho público decimonónico¹⁰, y por otro lado, la consiguiente incerteza sobre su configuración actual y futura, y la ausencia de principios e instituciones nuevas o reconstruidas que refunden la legitimidad del sistema jurídico. De ahí la importancia en un proceso de integración, de intentar la construcción de un derecho público, fundamentalmente el administrativo, que tienda a establecer, a clarificar, a cartografiar en definitiva, el nuevo rumbo. Ello en función de, quizás, un nuevo modelo de Estado y de una nueva o reformulada relación de ese Estado con otros Estados, y con la sociedad y el individuo pertenecientes al mismo.

Desde esta perspectiva, la primera formulación de los interrogantes que debo realizar entonces, reconoce los siguientes contenidos: ¿cual sería la forma más adecuada de construcción del derecho público del Mercosur?, y ¿por donde se comenzaría tal construcción?

En punto a la primer cuestión, considero que la conformación del derecho público comunitario no se podrá realizar únicamente de arriba hacia abajo, esto es, a través de un órgano judicial comunitario o de otra naturaleza que homogeneice, a través de la aplicación del derecho comunitario, a los derechos nacionales; sino que la armonización de esos ordenamientos jurídicos, se deberá realizar fundamentalmente, a través de los propios órganos constitucionales de cada país, es decir, una armonización de abajo hacia arriba, lo que permitirá en mi opinión, en menos tiempo y más eficazmente, la construcción de tal derecho público comun.

Ello permite diferenciar claramente el proceso de construcción seguido por la Comunidad Europea en relación al imaginable en nuestro continente.

⁹ .- Ronald Dworkin, desde su perspectiva iusfilosofica, trató de diferenciar los distintos tipos de argumentos que suelen utilizar los juristas, y que, según su opinión, no son claramente distinguidos por los mismos: "Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos." ("Los derechos en serio", pág. 158, Ariel Derecho, Barcelona, 1989).-

¹⁰ .- "Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas (de la soberanía), tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de *contextos* que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayendolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen". (Zagrebelsky, Gustavo, "El derecho dúctil", págs., 11/2, Editorial Trotta, Madrid, 1995).-

En efecto, como ha sostenido Gonzalez-Varas Ibañez, "...el Derecho Administrativo europeo en principio se desarrolla a través de esta vía de la aplicación por las Administraciones nacionales, de los principios comunitarios"¹¹. Ello significa que ese derecho constituye, para los europeos, el "conjunto de principios jurídico-administrativos, generados en los ordenamientos nacionales en virtud del derecho comunitario"¹².

Asimismo debe señalarse la dificultad que presentó y presenta la conformación de ese derecho administrativo europeo dadas las marcadas divergencias o contrastes y, también convergencias, que ostentan entre sí los derechos administrativos nacionales¹³.

Por ello la importancia que ha adquirido la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la realización del derecho administrativo europeo, "...maxime cuando, al paso que armoniza corrige los planteamientos jurídicos nacionales"¹⁴. Es decir que, la construcción de ésta rama del ordeamiento se produce, primordialmente, de arriba para abajo, de la Unión hacia los Estados, del Tribunal de Justicia hacia las administraciones nacionales¹⁵.

Las peculiaridades culturales de los países del Mercosur respecto de Europa, la identidad, entre los países sudamericanos, de sus ordenamientos jurídicos en cuanto a sus fuentes y los núcleos de regulación, y la ausencia orgánica en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto de un Tribunal de Justicia de la Comunidad, obligan a la búsqueda de otros sistemas de construcción de los principios e instituciones del derecho administrativo común¹⁶.

¹¹. Gonzalez-Varas Ibañez, Santiago, "La problemática actual del derecho administrativo europeo", en "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario", Anno VI, N° 1/1996, pág., 5, Giuffrè Editore, Milan, Italia.-

¹². E. Schmidt-Assman, "Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht", DVBl, 1993, citado por Gonzalez-Varas Ibañez, Santiago, en op., cit., "La Problemática actual...", nota 14.-

¹³. Ampliar en el excepcional estudio de Cassese, Sabino, "Le probleme de la convergence des droits administratifs: vers un modele administratif europeén?", en VVAA. "L'Etat de Droit", Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, pág., 47, Dalloz, Paris, 1996. Este autor sostiene, desde el punto de vista histórico, que en la Europa de los siglos XVI al XVIII existía una identidad fundamental de los modelos, de los métodos y de las actitudes, es decir, del derecho sustantivo: "En el siglo XIX se produce la fractura. Los especialistas de la historia de la comparación jurídica se preguntaron cuales son sus razones. Se definió una de ellas como la adopción del Código de Napoleón que, con las otras codificaciones del siglo XIX, excluyó la aplicación de la *lex alius loci*. Otros atribuyeron la falta a los nacionalismos dominantes del siglo pasado. Otros, finalmente, encontraron la causa de la ruptura en la concepción según la cual la fuente del derecho es la legislación que no puede ser otra cosa que estatal. Nosotros trataremos de ilustrar cómo se formó la oposición entre modelo francés y modelo inglés (modelo civil law - modelo common law, modelo con «derecho administrativo - modelo sin «derecho administrativo») y de definir una doble influencia: por una parte, una influencia político-ideológica; por otra parte, una influencia científica. La idea que queremos exponer es que los modelos se formaron de manera *contrastiva*. En otros términos, que se formaron por oposición, pero de manera compleja". Luego de explicar dicho contraste sostiene que: "Los dos modelos, en tanto, se habían «fijado». Aún habiendo nacido por razones contingentes y en un espíritu de polémica, la divergencia entre el modelo «estatista», propio de los países de civil law y el modelo liberal, propio de los países de common law, aunque el common law sea -como se observó- el subproducto de un triunfo administrativo, se transformará en un elemento adquirido. Incluso, el éxito de Dicey, en el siglo XX, en Europa continental, acordará a esta oposición una nueva vida. Maurice Hauriou, en Francia, reaccionará contra Dicey, explicando la superioridad del modelo caracterizado por el «régimen administrativo» sobre el modelo inglés. En Italia, Romano, luego Zanobini, más prudentes, golpeados por la «construcción» de Dicey, opusieron las administraciones de derecho administrativo a las administraciones sin derecho administrativo. En Alemania solamente, Hatscheck y Koellreuther tomaron su distancia con respecto a la oposición. El contraste, subrayado por razones políticas e ideológicas, fue reforzado por un elemento científico, el de la afirmación de la escuela histórica del derecho, luego, en la misma perspectiva, por el positivismo normativista. Según estas orientaciones, todo derecho es el fruto de una cierta historia y de una cierta cultura (el «*Volksgeist*»). El derecho es por lo tanto ley del Estado. Si es monopolio del Estado, es el producto de un poder soberano que excluye las «intrusiones» de otros sistemas. Las evoluciones no pueden ser sino parciales, no puede haber convergencias. Así termina la vocación «europea» o mejor «universal» del derecho y de sus modelos". (La traducción me pertenece). No menos interesante resulta el dato sobre el desfase que se produce en el tiempo: mientras los modelos se fijan en la segunda mitad del siglo, están fundados sobre la observación de los acontecimientos de la primera mitad del siglo XIX, que ya no se correspondían con los acontecimientos del siglo en que se fijan.-

¹⁴. Gonzalez-Varas Ibañez, Santiago, en op., cit., "La problemática actual...", pág., 13. Para éste autor, en el campo del derecho administrativo de los países miembro de la Comunidad Europea se advierte claramente como se han incorporado, a través del Tribunal de Justicia de la misma, los principios de legalidad de la administración, de prohibición de la discriminación, de seguridad jurídica, como los de proporcionalidad, tomado del derecho alemán, de audiencia pública, tomado a su vez del sistema inglés, y de responsabilidad extracontractual del Estado, de construcción francesa. De ahí la importancia de tal Tribunal.-

¹⁵. "La influencia del derecho público comunitario en los derechos administrativos es doble. Por un lado, es una influencia directa, que se desarrolla a través de relaciones *verticales* entre la Comunidad Europea y cada derecho administrativo nacional. Por otro lado, la influencia es *horizontal*: el derecho comunitario crea una *plataforma*, que constituye un vehículo para los *trasplantes* de institutos de un derecho nacional a otro". (Cassese, Sabino, L'influenza del diritto amministrativo sui diritti amministrativi nazionali", en Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario N° 3/1993, pág., 329, Giuffrè editore, Milán, Italia. La traducción me pertenece).-

¹⁶. Desde otra perspectiva, ver el valiosísimo estudio de: Stortoni, Gabriela Andrea, "Sobre la existencia de un derecho administrativo de la integración frente al esquema del Tratado de Asunción", en Anuario de Derecho de la Universidad Austral N° 2, pág., 238, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.-

En cuanto al segundo aspecto, considero que la construcción del derecho público del Mercosur tiene hoy, como núcleo de conformación, la tematización sobre las reformas de los Estados de los países miembros. No es posible un proceso de integración sin una reforma armónica de los aparatos administrativos de esos países que permita y facilite tal proceso¹⁷.

Debo señalar, como sostuve anteriormente¹⁸, que cuando me refiero a la reforma del Estado me estoy refiriendo indistintamente a tres conceptos que pueden ser distinguidos. Reforma del Estado constituye el género de las especies reforma administrativa y reforma de la administración. Así, la primera atiende a todos los supuestos que estudia la teoría del Estado, esto es, como se dijo más arriba, desde el nombre otorgado a esa organización pública, hasta su conformación como poder y sus límites (división de poderes, derechos de la sociedad y el individuo, etc.), incluyendo las formas que puede adoptar, como por ejemplo, "Estado mínimo" o "Estado máximo", entre otras cuestiones. Por su parte, reforma administrativa y reforma de la administración se refieren a las transformaciones que se operan en uno de los poderes, el poder ejecutivo, desde el punto de vista de la organización, del procedimiento, del empleo público, del alcance y naturaleza de sus potestades, etc., pero se diferencian siguiendo a Franchini, porque la reforma administrativa atiende a un proyecto integral de transformación, con una dirección política única, que incluye y homogeneiza la totalidad de las instituciones administrativas; en cambio, la reforma de la administración, implica intervenir en sectores individuales de esa organización, con criterios la mayoría de las veces contingentes, y que incluyen decisiones no coordinadas y a veces contradictorias entre lo reformado y lo no reformado. El autor citado dice, para ejemplificar la diferencia entre dichas reformas, que en Italia: "De hecho,...la idea originaria de *reforma administrativa* se reemplazó por las de *reformas de la administración*: se realizaron intervenciones por sectores fuera de una política global dirigida a considerar las transformaciones en su complejo. A falta de reglas generales destinadas a grupos de administradores o de intereses, se multiplicaron las medidas particulares -a menudo de extrema importancia, pero nunca coordinadas en un diseño unitario- y aumentó la fragmentación del sistema administrativo"¹⁹.

Se trataría, en mi opinión y en este caso, de la búsqueda de la vertebración de una similar Reforma del Estado de los países miembros del Mercosur, y con ella la conformación de un ordenamiento jurídico administrativo común, y de los principios de un derecho público comunitario.

Ahora bien, debo establecer como un apriori, que toda reforma necesita una pedagogía²⁰. No hay reforma del Estado que pueda realizarse sin la convicción y decisión de los funcionarios públicos que participan de tal proceso, más aún en un proceso de armonización de instituciones para la integración de países. Por ello resulta también necesario la construcción de tal pedagogía, cuestión ésta por otra parte, en donde los juristas de nuestro continente tenemos una gran responsabilidad.

17. Se ha señalado acertadamente que: "Dos de las tendencias más evidentes que siguen los gobiernos modernos son la internacionalización de los mismos y la reforma de la administración. Sorprende, sin embargo, que las dos apenas se hayan encontrado. Se han desarrollado a lo largo de vías separadas e independientes que en ningún momento han dado realmente muestras de converger". (Metcalf, Les, "Coordinación de políticas internacionales y reforma de la administración pública", en VVAA, "El rediseño del Estado. Una perspectiva internacional", Bernardo Kliksberg compilador, pág., 236, Instituto Nacional de Administración Pública de México - Fondo de Cultura Económica, México, 1994). Ello, según el autor citado, trae no pocas desventajas y deficiencias en las redes de relaciones que sostienen esas administraciones públicas con las organizaciones internacionales, con otros gobiernos nacionales e incluso en los propios gobiernos nacionales.-

18. Salomoni, Jorge Luis, "Reforma del Estado: su configuración constitucional a través de la Reforma de 1994", conferencia dictada en "XXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo", organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, noviembre de 1996.-

19. Franchini, Claudio, "La riforma dell'amministrazione pubblica", en "L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo", a cura di Sabino Cassese e Claudio Franchini, pág., 193, Il Mulino, Bologna, Italia, 1994.-

3.- Armonización de los contenidos mínimos de las Reformas Estatales. Su vinculación con la etapa de integración:

Sentado lo precedente, creo que la medida de la reforma estatal está ligada a las diferentes etapas de los, a su vez, diferentes tipos de uniones o asociaciones que pueden darse entre los países. Esta tesis supone que a mayor grado de integración, mayor necesidad de armonización y profundidad de reforma estatal de esos países, que a su vez, producida, promueve mayor integración, y luego mayor reforma. Es decir, creo que el proceso se retroalimenta y debería concluir, desde una concepción utópica, en la constitución de una integral unidad política regional²¹. Creo en un “spill over” impulsado, en uno de sus extremos, por el derecho público interno de cada país miembro.

Ahora bien, los tipos de uniones, o grados de integración económica que, en forma acumulativa, pueden culminar en la integración política, se pueden clasificar, a su vez, de acuerdo a las siguientes categorías:

a.- Zona de libre comercio, que implica la supresión o eliminación de los derechos aduaneros entre los países miembros y de otras restricciones al comercio de los productos originarios de sus territorios;

b.- Unión aduanera, que conlleva la adopción de un arancel común externo, y por consiguiente, la adopción de un tratamiento comercial equivalente respecto a los bienes provenientes de terceros países;

c.- Mercado común, que implica una liberalización, entre los países miembros, de todos los factores productivos. Se agregan a la libertad de circulación de las mercancías, la de las personas, la de los servicios, y la de los capitales;

d.- Unión económica, constituye un mercado común, al que se le adiciona la coordinación de las políticas económicas de los países miembros, y un sistema de control multilateral, que incluye reglas para las políticas presupuestarias de esos países;

e.- Unión monetaria, implica la existencia de un emisor único de moneda, en este caso, la Comunidad; y

f.- Unión política, que constituye el último peldaño de un proceso de integración, e implica la adopción de una Constitución de la Unión, donde se consolida la identidad y una política comunes, y se establece un sistema de poder y de derechos para los miembros de dicha unión, dentro de un sistema democrático y federal²².

²⁰. Se ha formulado, respecto a los efectos de la reforma, la siguiente pregunta: ¿El resultado de la reforma es siempre similar al diseño?, y se ha contestado: “Olsen e March, in un saggio sull’esperienza statunitense, hanno parlato di un effetto educativo delle riforme. Se questo è vero, le riforme non servono tanto a riformare, quanto a creare l’abitudine alle riforme. Le *macroriforme* suggerite dai presidenti degli Stati Uniti, che pure sono tra gli uomini più potenti del mondo e, quindi, dovrebbero avere almeno qualcosa nei confronti dei loro collaboratori, sono servite ad educare i burocrati alle microriforme, che essi possono fare autonomamente. Il prodotto non è stato quello disegnato, si è avuto un risultato diverso da quello programmato”. (Cassese, Sabino, “Brevi conclusioni sulla riforma amministrativa nei paesi europei”, en VVAA. “Tendenze recenti della riforma amministrativa in Europa”, a cura di Sabino Cassese e Claudio Franchini, pág., 184, Il Mulino, Bologna, 1989).-

²¹. Puedo afirmar que la Unión Sudamericana ha sido una de las premisas culturales de los argentinos de todos los tiempos. Obsérvese, en los inicios de nuestra historia patria y en el ámbito jurídico -sin olvidar en el ámbito político al Libertador Don José de San Martín-, a Juan Bautista Alberdi, genial mentor intelectual de la Constitución Argentina de 1853, quien contemporáneamente con el surgimiento de las nacionalidades, y con ello, la conformación de los Estados independientes de América, sostuvo, en una visión superadora y adelantada en el tiempo y el espacio respecto a esas pautas culturales dominantes, que los países sudamericanos debían constituir una unión continental de comercio, que debía comprender, a su vez, “...la uniformidad aduanera...En ella debe comprenderse la abolición de las aduanas interiores, ya sean provinciales, ya nacionales, dejando solamente en pie la aduana marítima o exterior. Hacer de estatuto americano y permanente, la uniformidad de monedas, de pesos y medidas que hemos heredado de España”. Y concluía en lo aquí interesa: “La constitución del continente, como la de cada uno de los Estados, será la obra de los tiempos, para la cual se sucederán los congresos a los congresos; debiendo entre tanto dar principio alguna vez por uno de ellos. Yo aplaudiré toda mi vida el sentimiento de aquellos Estados, que sacan su vista del recinto estrecho de sus fronteras y la levantan hasta la esfera de la vida general y continental de la América. Es llevar la vista al buen camino. En un gran sistema político, las partes viven del todo y el todo de las partes. La mano de la reforma debe ir alternativamente del trabajo constitucional, de la obra interior del edificio a la obra exterior. Lo demás es construir a medias y de un modo incompleto”. (“Memoria: Sobre la conveniencia y objetos de un Congreso General Americano, leída ante la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile para obtener el grado de Licenciado-año 1844”, en “La unidad de América Latina. Un proyecto de Juan Bautista Alberdi”, págs., 49 y 56/7, Granica Editor, Buenos Aires, 1974).-

²². “La Constitución de la Unión no puede presentar, como hemos visto, las mismas características que una Constitución estatal. ¿Con qué criterios debe entonces diseñarse?. Hay que establecer nuevos equilibrios constitucionales, adaptando sabiamente los principios que forman el *acquis* comunitario a las exigencias de la unión política”. (La Pergola, Antonio, “Los nuevos senderos del federalismo”, pág., 186, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994).-

En la etapa de integración por la que atravieza el Mercosur, que se puede caracterizar como el de una unión aduanera imperfecta²³, el contenido de las reformas del Estado se debería referir a las cuestiones que se trataran seguidamente, que no implica, a su vez, un orden de precedencia o prioridad. Dada la naturaleza del presente trabajo, me limitaré a esbozar suscitadamente los mencionados contenidos.

3.1.- Primera armonización: cometidos estatales y privatizaciones:

Resulta importante, en mi opinión, una armonización de las Administraciones Públicas en cuanto a la definición de los roles o cometidos que debe asumir el Estado a finales del siglo XX, y comienzos del siglo XXI. Ello implica el establecimiento de líneas comunes sobre las que deberían asentarse las denominadas Reformas del Estado. Me estoy refiriendo principalmente al rol del Estado en esta etapa de transición que están viviendo nuestros países del Mercosur, como es el proceso de privatizaciones por un lado, y la etapa que puede denominarse de las posprivatizaciones, por otro lado²⁴.

Esto así, entre otras causas, porque creo, en primer lugar y como dije en otra oportunidad²⁵, que dichos procesos de reforma que se llevan acabo especialmente en sudamérica, en su gran mayoría, no han sido producto del necesario debate situado, esto es desde los propios subsistemas político, social, económico y jurídico, sobre el mejor modelo al cual se aspira, vinculando Estado con sociedad e individuo dentro de ese determinado contexto cultural, relacionando, a su vez, ordenamiento jurídico, potestades y derechos, sino que, por el contrario, obedecen principalmente, a cuestiones económicas y financieras de esos Estados empobrecidos, u otras cuestiones contingentes, que determinan una reforma sin modelo, o mejor, un modelo que tiene su raíz particular en otros contextos, pero que intenta ser universalizado a través de la ideología dominante sin atender a la particularidad a la cual se pretende aplicar.

Una reforma, muchas de las veces, desvinculada de cualquier otro interés real que no sea el de ajustar las cuentas públicas o reducir el déficit fiscal, aunque se pregone que se apunta a lograr la necesaria eficacia y eficiencia de un Estado y una Administración subsidiarios, con el correlativo derecho a la expresión libre de las reglas del mercado, ajustado todo ello se dice, a las exigencias políticas, sociales y económicas de finales del siglo XX.

Ello conlleva, por lo menos en nuestros países subdesarrollados a los que me estoy refiriendo, a la desaparición del Estado como garante del bienestar de la sociedad y del individuo; pero aún más, también conlleva, según lo están demostrando los hechos, y aunque el modelo no lo pretenda teóricamente, a la desaparición del Estado equilibrador o contenedor de las grandes desigualdades sociales que se producen, precisamente, por ese libre juego del mercado en economías tan asincrónicas y sin redes de seguridad como las nuestras. Garantía de la prevalencia del mercado, que por otra parte, es el principal rol que se le asigna a ese "nuevo" modelo de Estado, y sobre el cual se teoriza.

²³. Denomino unión aduanera imperfecta a la asociación que no ha logrado, *en su totalidad*, la configuración de tal, de acuerdo con la definición dada en el texto, ya sea por que no se dan todos los requisitos que se exigen, ya sea por la existencia de cronogramas que pautan temporalmente su configuración, no constituyendo sin embargo, una zona de libre comercio. Se debe señalar, no obstante lo expuesto, que en los considerandos del Protocolo de Ouro Preto se parte del presupuesto "...de la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común" (3ª considerando). En contra, Freeland Lopez Lecube, Alejandro, "Manual de derecho comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur", págs., 100/1, Universidad Austral-Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996. Para este autor, el Mercosur se encuentra en un estadio inferior de integración del de una unión aduanera perfecta o imperfecta, ya que faltaría mucho para que se verifique la libre circulación de mercaderías entre los países miembros.-

²⁴. Se ha sostenido como pauta genérica en la redefinición de la actividad de la administración pública que: "Con la aparición del Estado de pluralidad de clases podría decirse que se asiste a una atenuación de los aspectos más autoritarios de la acción administrativa. Esto se manifiesta en varias direcciones". (Giannini, Massimo Severo, "El poder público. Estados y Administraciones Públicas", págs. 141/2, Civitas, Madrid, España, 1991). Por otra parte, también se ha dicho que: "En la medida en que el Derecho Administrativo actual y, desde luego, más aún el del previsible futuro se ve confrontando con una gran diversidad de situaciones, desarrollos y ambientes, la multiplicidad de los medios y mecanismos de dirección y control social se impone al mismo como una necesidad. El Estado y, en particular, la Administración ha de aparecer y actuar hoy no sólo, ni principalmente como sujeto ordenador, regulador e imperativo, sino también y con toda normalidad como sujeto prestador, ofertante, estimulador, árbitro y moderador, así como, en cualquier caso, capaz de prever, dirigir y encauzar la evolución de la sociedad". (Parejo Alfonso, Luciano, "Crisis y renovación en el derecho público", pág., 120, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).-

²⁵. Salomoni, Jorge Luis, en op., cit., "Reforma del Estado: su configuración constitucional..."-.

Esta reasignación de cometidos que promueve el enflaquecimiento o raquitismo del Estado reformado, es finalmente aprovechada por aquellos que ostentan la posición dominante en el mercado, transformando al aparato estatal en un Estado decimonónico de clase única, en la clasificación de Giannini, retrocediendo en el tiempo y en la historia respecto del Estado pluriclasista de nuestro siglo, es decir, el Estado que contiene las demandas de las distintas sectores sociales, e interviene para conciliar los conflictos que se producen en el seno de dicha sociedad en su multiplicidad de intereses²⁶.

Esta dicotomía y también la mencionada disfuncionalidad, pone en crisis, muchas de las veces, el supuesto modelo hacia el cual se pretende arribar con la reforma, como se verifica lamentablemente en nuestro continente.

Todo ello hace imprescindible la necesidad de, por un lado, sentar las pautas y establecer cometidos comunes a los Estados de la Unión más allá de las crisis coyunturales y/o estructurales, y, por otro lado, repensar el sistema jurídico adecuado para la delegación o transferencia, a los particulares, de las actividades denominadas de servicio público o actividades de interés público que son prestados por el Estado. Principal objeto éste último, de las actuales reformas del Estado en nuestros países. Esto incluye a los aspectos tales como: determinación de las actividades a delegar o transferir; liberarización de determinados servicios o actividades; derechos y garantías para los ciudadanos miembros de la Unión; participación igualitaria de los empresarios de los otros Estados miembros respecto de los empresarios originarios del Estado privatizador, etc. Esto significa la armonización de los cometidos estatales y del proceso de privatizaciones.

Ello podrá lograrse armonizando, en primer lugar, los vértices de las pirámides jurídicas de los respectivos países, esto es, las constituciones nacionales, y en segundo lugar, los ordenamientos particulares, esto es, las leyes y reglamentos dictados para la transformación de cada Estado miembro. La realidad de los distintos ordenamientos resulta hoy bastante asincrónica

Pero dicha armonización supone considerar en igualdad de importancia, reitero, a la redefinición e identificación de los cometidos estatales comunes, a la protección del sistema de derechos para los individuos miembros de la Unión, y a los procesos privatizadores. Hay que tener en cuenta que por ejemplo, en el modelo europeo de integración, "...el derecho comunitario ni exige ni prohíbe la privatización"²⁷. Se trata únicamente, de que los principios en que se funda, así como las libertades que protege, se cumplan, independientemente que haya sido el Estado o la empresa privada quien sea la obligada, tanto en lo que respecta a la exigencia de cumplimiento como al reclamo del incumplimiento.

3.2.- Segunda armonización: control de la discriminación de trato. El caso del poder de compra estatal:

Vinculado a la cuestión tratada en el acápite anterior, resulta imprescindible la armonización en cuanto al direccionamiento del poder de compra estatal de cada país considerado en relación con los restantes Estados de la Unión o Comunidad. Ello significa la necesidad de establecer un sistema de "compre comunitario". En otras palabras, me estoy refiriendo a un sistema de preferencia y promoción de las industrias locales -las nacionales de cada país miembro-, considerandolas como comunitarias, en sus provisiones a cualquiera de esos Estados miembros.

Esta cuestión reconoce dos problemáticas, que constituyen las dos caras de una misma moneda: el tratamiento, por parte del Estado miembro comprador, de la empresa comunitaria respecto de la empresa extracomunitaria y, el tratamiento de la empresa de un país miembro de la Unión respecto de la empresa originaria del Estado que pretende comprar.

²⁶ Conf., Giannini, Massimo Severo, en op., cit., "El poder público..."-

²⁷ Piñar Mañas, José Luis, "Privatización de empresas públicas y derecho comunitario", en Revista de Administración Pública, N° 133, pág., 35, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.-

En el primer caso, sería conveniente la adopción de la solución de la Comunidad Europea para sus propias compras, y que se caracteriza por un sistema de protección fuerte de la empresa originaria de un país miembro, ya que en sus contrataciones, no se considera igual a dicha oferta que a la oferta de una empresa extracomunitaria. Ello no obstante el Acuerdo del GATT -Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio-sobre compras del sector público, que incluye a otros Estados no comunitarios en la protección de la igualdad de tratamiento, y que fuera aprobado por Decisión del Consejo 80/271/CEE, en nombre de la Comunidad Económica Europea²⁸. Es decir, que soy partidario de un tratamiento desigual de la oferta extracomunitaria, privilegiando la oferta comunitaria, excepto que existiera un tratado de reciprocidad entre el país origen de la empresa y el Mercosur -como persona jurídica de derecho internacional²⁹- respecto de esa igualdad de trato.

En el segundo caso, esto es, el tratamiento de la empresa comunitaria frente a cualquier Estado de la unión, la armonización resulta esencial para avanzar en el proceso de integración. Demás está decir la importancia económica que reviste la contratación pública en nuestros países, ya sea directamente por el Estado, considerado *latu sensu*, o por sus delegados: concesionarios, licenciatarios y/o permisionarios de obras, servicios públicos y uso del dominio público, o de, en algunos casos, actividades de interés público³⁰.

La Unión Europea tiene un doble sistema de protección de la igualdad de tratamiento de la empresa originaria de un país miembro previsto en el Tratado de Roma. Por un lado, a través del artículo 30 del mismo, por el cual se prohíbe, entre los estados miembros, toda política de "compre nacional" que se asimile a restricciones cuantitativas a la importación o medidas de efecto equivalente; y por el otro lado, a través del artículo 92 que declara incompatible con el mercado común, "... en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados, o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones"³¹.

No obstante ello, cabe mencionar que tal sistema de protección, se vulnera muchas de las veces, por parte de los Estados miembros, a través de licitaciones privadas y contrataciones directas de productos nacionales, o a través de compras por organismos o empresas públicas no alcanzadas por las normas comunitarias de contratación.

Para Mattera diversas razones provocan la inexistencia de un verdadero mercado en contrataciones públicas en la Comunidad Europea:

- i.- Intervención del Estado en la vida económica, política, y social.
- ii.- Activación y fomento de actividades locales.
- iii.- Saneamiento de problemas económicos coyunturales.
- iv.- Cuestiones psicológicas e ideológicas sobre lo nacional, la soberanía, etc., que serían reacias a la integración³².

Por su parte, y motivado quizás en las causas reseñadas, en la actualidad y en los países miembros del Mercosur, existe un conjunto de normas que, *en su aplicación actual*, atentan o son incompatibles con la Unión.

²⁸. Ampliar en: Santos Viadas, José Antonio, Santamaria de Paredes, Vicente, y Lopez Blanco, Carlos, "El derecho comunitario de la contratación pública", págs., 40 y sgtes., Escuela de la Hacienda Pública, Madrid, 1991.- Cabe destacar que el mencionado Acuerdo GATT sobre compras del sector público se aplica únicamente al contrato de suministro, y dentro de éste, a los celebrados únicamente por las Administraciones centrales o federales.-

²⁹. Artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto.-

³⁰. Para un análisis de la importancia de la contratación pública en la Comunidad Europea, ver: Moreno Molina, José Antonio, "Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español", págs., 49 y sgtes., McGraw-Hill, Madrid, 1996.- En la República Argentina solamente la facturación anual de los concesionarios de obras y servicios públicos federales se aproxima al 8% del producto bruto interno.-

³¹. Cabe destacar que, por ejemplo y entre otros, el artículo 3* de la Directiva de la Comisión 70/32/CEE relativa a los suministros de productos al Estado, a sus entes territoriales y a las personas jurídicas de derecho público, reproducen los tipos creados por la mencionada fuente originaria; como así también, el artículo 3* apartado 2 de la Directiva del Consejo 92/50/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en cuanto prohíbe toda discriminación de trato.-

³². Mattera, Alfonso, "El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento", pág., 386, Editorial Civitas, Madrid, 1991.-

Me refiero a los regímenes de “compre nacional” por parte del Estado, o lo que es lo mismo, de preferencia de la empresa nacional respecto de las extranjeras, o de reserva de mercado, según la intensidad del direccionamiento, que excluyen a los nacionales de otros países miembros de la Comunidad en relación al poder de compra estatal.

Tanto en el Brasil, como en Uruguay, y aún Argentina, existen regímenes de preferencia en la adjudicación para la provisión de bienes y servicios a las empresas locales de cada país considerado, no alcanzando dicho régimen todavía, a las empresas locales de los restantes Estados miembros³³. Empero es de destacar, que la República Argentina es el miembro de menores restricciones fácticas a la empresa no nacional, inclusive respecto de la empresa extranjera no perteneciente a los restantes países miembros del Mercosur. Así se ha llegado al extremo suicida para la economía de un país y de una región, de invertir los términos y preferir a la empresa extranjera -en la mayoría de los casos no comunitaria- por sobre la nacional, impidiéndole a ésta última competir, no obstante la vigencia de un régimen atenuado de compre nacional. Ello así sobre todo, en las contrataciones llevadas a cabo por los concesionarios o licenciarios de obras y servicios públicos, con la permisón, por omisión, de la Autoridad de Aplicación del régimen, de los Entes Reguladores de obras y servicios públicos, y una errática jurisprudencia judicial³⁴.

Es deseable, y sumamente conveniente para afianzar el proceso de integración, que los regímenes de preferencia de las empresas nacionales en las contrataciones públicas se mantengan y se perfeccionen, pero con la única salvedad, de que debe considerarse en cada ordenamiento jurídico que imponga tal preferencia, a la empresa comunitaria como empresa nacional. Es decir, debe considerarse a la empresa nacional de un país miembro de la Unión en igualdad de condiciones respecto de la empresa nacional del Estado que contrata. Solamente así, dicho régimen de preferencia no será incompatible con la Comunidad.

3.3.- Tercera armonización: control del proceso de reforma de los Estados, o de las privatizaciones, y del control de la discriminación de trato en las compras estatales:

La inexistencia hasta el presente, como se dijo *ut supra*, de un Tribunal de Justicia del Mercosur, obliga a repensar un sistema de control externo de las Administraciones Públicas, para que, conjuntamente con los órganos comunitarios previstos en el Protocolo de Ouro Preto, coadyuven a la armonización de las reformas de los Estados miembros velando por el cumplimiento de las reglas, y con ello, retroalimentando, a su vez, la legitimidad de los procesos de integración y de la propia reforma.

En mi opinión, tal sistema se debe basar en, por lo menos, dos principios: el de descentralización administrativa del control de cada país miembro considerado, y el de control cruzado -Estados nacionales miembros/Mercosur-, tanto de las reglas aplicables a los servicios públicos privatizados, como del sistema de contrataciones estatales.

En punto a la primera cuestión, resulta una experiencia interesante de analizar, y aunque más no sea sintéticamente, la de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados, que forman parte de toda reforma del Estado.

³³. Ampliar en el valiosísimo estudio de: Gonzalez, Diego Raúl, “Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica. Vigencia y aplicación del Tratado de Asunción”, Tesina para acceder al Master en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Inédita. Este autor refiere como normas sobre contratación administrativa incompatibles, en principio, con la Unión Aduanera, entre otras, a las siguientes: 1.- Brasil: artículo 171 inciso 2° de la Constitución; ley 8.666 sobre normas reguladoras de las licitaciones y contratos de la Administración Federal, el Distrito Federal y los Municipios referidos a obras, servicios, compras, ventas y locaciones; y ley 8.248 de Informática. 2.- Uruguay: ley 15.903 de Contratos del Estado. 3.- Argentina: artículo 23 de la ley 23.697 de Emergencia Económica, decreto 1.224/89 sobre el régimen transitorio de Compre Nacional, aún vigente.-

³⁴. Merecen destacarse dos fallos jurisprudenciales que han tratado de poner las cosas en su lugar: “Servotron SACIFI c/ Metrovias y otros s/Amparo ley 16.986”, de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, Sala III, integrada por los Jueces Muñoz, Mordeglia y Argento, de fecha 13/07/95, publicado en Revista de Actualidad en el Derecho Público, N° 2, pág., 17, 1995, y “Servotron SA c/Consortio Autopista del Oeste y otros s/Amparo ley 16.986”, del Juzgado Nacional de 1° Instancia N° 4 en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, a cargo del Juez Guglielmino, de fecha 25/11/96, inédito. En ellos se reafirmó la vigencia atenuada del régimen de Compre Nacional, con sólidos fundamentos, observando que tal normativa en nada se opone al proceso de desregulación y liberalización económica, ya que lo que tal régimen pretende es establecer la obligación de la participación de la industria nacional en las contrataciones públicas. (Ver comentario a la sentencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal citada: Salomoni, Jorge Luis y Stortoni, Gabriela Andrea, “La importancia de un mercado competitivo y la preservación de las empresas nacionales”, en Revista de Actualidad en el Derecho Público, N° 2, pág., 19, 1995).-

En la experiencia argentina, que constituye un sistema en gestación y con muchas cuestiones que resolver, como muy bien lo ha estudiado Muñoz, la creación de esos Entes Reguladores ha sido, en algunos casos por ley, otros por decreto. En ciertos casos se los dotó de personalidad jurídica, en otros no. No tienen una real independencia del Poder Ejecutivo y, actualmente, muestran una nula independencia económica. Y como característica importante y positiva cabe mencionar que ostentan funciones jurisdiccionales, sobre las que pretenden basar cierta autonomía en sus decisiones respecto del Poder Ejecutivo³⁵. ¿Ello garantiza el modelo para los restantes países miembros del Mercosur?

La respuesta es negativa. El sistema argentino de control de los servicios públicos privatizados, a través de la conformación jurídica actual de los entes reguladores y de su actuación concreta, tiene grandes falencias, producto quizás, de un proceso teñido por la emergencia que impidió estructurar sistemáticamente una reforma del Estado que contemplara los distintos aspectos de la misma. Obsérvese que, en algunos casos, la creación del ente regulador fue a posteriori de la privatización del servicio o actividad. Ello demuestra la visión no sistemática de la Reforma.

Ahora bien, y no obstante lo expresado, ¿se pueden sentar algunas pautas que permitan el ejercicio de un control legitimado política y técnicamente ante los ojos de los particulares, y que a su vez, coadyuven al logro de una Administración o de un delegado de ésta, eficaces? Creo que dentro de los marcos constitucionales de los países miembros del Mercosur, pueden sostenerse, en principio, algunos parámetros a tener en cuenta en el establecimiento de los mencionados Entes Reguladores:

i.- Necesidad de sanción de los Marcos Regulatorios de los servicios públicos por parte de los Poderes Legislativos de cada país miembro.

ii.- Necesidad de creación de los Entes Reguladores de los servicios públicos, como entidades descentralizadas, a través de leyes formales dictadas por los órganos constitucionalmente habilitados para ello. Se debería crear un Ente para cada servicio o actividad.

iii.- Designación parlamentaria de las autoridades de los Entes.

iv.- Dependencia funcional de los Entes del Poder Legislativo.

v.- Plena vigencia, en el accionar de los Entes, de los principios de objetividad, neutralidad y participación de los usuarios del sistema³⁶.

³⁵. Muñoz, Guillermo Andrés, "El control de los servicios públicos privatizados", conferencia dada en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma "La Sapienza", octubre de 1996, inédita.-

³⁶. En la República Argentina tiene estado parlamentario un proyecto de ley del Senador Nacional Eduardo Vaca, del Partido Justicialista, sobre el "Régimen general para la creación y funcionamiento de los Entes Reguladores de los servicios públicos y de las actividades de interés público", que contiene en general las pautas explicitadas en el texto. Resultan muy interesantes algunos conceptos vertidos en los "Fundamentos" del mencionado proyecto de ley, en relación a la naturaleza de la actividad del Poder Legislativo, teniendo en cuenta principalmente las prescripciones del artículo 42 de la Constitución reformada en 1994: "Por ello la garantía de la vigencia de los principios explicitados, va a resultar de la dependencia funcional de éstos entes del Congreso de la Nación. Esa dependencia funcional se traduce en el texto del proyecto de ley, en particular en la designación de las autoridades directivas del ente, su remoción por causales expresamente tipificadas y por la remisión al Congreso, para su conocimiento, de un plan anual de acción consistente en lo actuado durante el período que se informa y la previsión de la actuación para el año siguiente, tanto en el ejercicio de la potestad normativa, como de la potestad de control. Y ello así porque el Congreso de la Nación representa el órgano donde están representados todos los sectores políticos, sociales y económicos del país. Esto es, representa la pluralidad de nuestra sociedad en todos sus aspectos. Además, constituye el ámbito donde a través de la discusión pública, de la apertura a los argumentos, se busca la legitimidad de las políticas que serán instrumentadas mediante la sanción de las leyes respectivas. Aquí la neutralidad que persigue la realización del interés público se logra a través del consenso político. No existe otro órgano o poder de éstas características en nuestro sistema de división de poderes. Por lo tanto, con la aprobación de éste proyecto de ley, el Congreso de la Nación, independientemente del control de legalidad que ejercerá el Poder Judicial, se constituirá en un control político que representa a la plural composición de nuestra sociedad, consistente en la decisiva designación y remoción de las autoridades del ente, y fundamentalmente el control público de la actuación de los mismos, en sus roles regulatorio y de control. Ello sin desmedro del control que ejerce la Auditoría General de la Nación en los aspectos establecidos en la norma constitucional y legal respectiva. La necesidad de un sistema de controles políticos, de legalidad, de gestión, económico financiero, que se superpongan y que pertenezcan, inclusive a distintos poderes, tiene su fundamento en la naturaleza de los derechos protegidos por la Constitución, la delegación de la potestad normativa que realiza el Congreso en esos órganos, y a la existencia de poderosos grupos económicos en la prestación de los servicios, así como a la necesidad de que el ciudadano sienta como legítimo el sistema y que sus derechos estén resguardados y garantizados, es también imprescindible el control del Congreso". (Diario de Asuntos Entrados del Senado de la Nación, año XII, N° 109, pág., 1976, 29/08/96).-

En relación a la segunda cuestión, esto es, el control de la contratación pública, efectuada tanto por las Administraciones Públicas como por sus delegados concesionarios, licenciatarios y permisionarios, y para evitar la discriminación de trato de la empresa nacional de un país miembro respecto de una empresa nacional del Estado que compra, dicho control se debería realizar a través, también, de entidades descentralizadas de tales Administraciones centrales, sean éstas nacionales, provinciales o estatales, y/o municipales. Hasta el presente no existen organismos públicos especializados en el control de la discriminación de trato. No obstante ello, en todo lo concerniente a compras de los ya mencionados concesionarios, licenciatarios y permisionarios, el control debería ejercerse a través del Ente Regulador con competencia en el servicio o actividad.

Finalmente, en lo concerniente al control cruzado entre los Estados miembros y el Mercosur, la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, en mi opinión, ha dotado a la Unión de un órgano con competencia en el control, tanto del cumplimiento de las reglas del servicio público, como de la no discriminación en el trato de la empresa nacional de un país miembro en el direccionamiento del poder de compra estatal. Me refiero a la Comisión de Comercio del Mercosur, establecida en el Capítulo I, Sección III, del mencionado Protocolo.

Del juego de los artículos 16, 19 y 21 del Protocolo en análisis, surge la atribución de una amplísima competencia en cabeza de la mencionada Comisión, en todo lo vinculado al arancel externo común, los instrumentos de política comercial común, y de consideración de reclamaciones, tanto de los Estados partes, como de los particulares, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 ó 25 del Protocolo de Brasilia. Dicha competencia la ejerce, además de otras modalidades, primordialmente a través del control.

A su vez, el artículo 20 del Protocolo establece que la Comisión de Comercio se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. En el caso de las primeras serán obligatorias para los Estados miembros.

Todo ello conforma, en mi opinión, un sistema de control comunitario que puede permitir, conjuntamente con los controles nacionales, una doble malla de protección para "...neutralizar los efectos de los grandes monopolios en detrimento de los usuarios, y de los potenciales nuevos prestadores..."³⁷, como así también evitar el trato discriminatorio en la contratación pública.

3.4.- Cuarta armonización: plena vigencia y protección de los derechos humanos de las sociedades y de los particulares ante la actuación de los Estados miembros de la Unión:

En otra oportunidad sostuve que, en mi opinión, existía otro ordenamiento trasnacional que debía integrarse al ordenamiento del Mercosur como constituyendo un único orden jurídico, y éste era la Convención Americana de los Derechos Humanos. Ello así, por dos motivos: en primer lugar, por que la normativa comunitaria no contenía declaración de derechos alguna, y en segundo lugar, por que constituía una excelente oportunidad para transformar o rediseñar, al derecho administrativo de los países miembros por la influencia de aquel ordenamiento y de su peculiar sistema hermenéutico, en el sentido de hacer que los derechos de los particulares y de la sociedad frente al Estado *latu sensu* finalmente valgan³⁸.

Ello implicaba que todos los Estados miembros incorporaran a su ordenamiento interno al Pacto de San José de Costa Rica, lo que finalmente sucedió al ratificarlo Brasil con fecha 25 de setiembre de 1992. Cabe mencionar que este país no se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada y regulada por los artículos 52 y siguientes de esa Convención.

Mi postura parte de la premisa que no es posible un proceso real de integración sin la instauración y protección efectiva de derechos humanos o fundamentales que se transformen "...en instrumentos jurídicos de control de la actividad del Estado, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder"³⁹.

³⁷. Muñoz, Guillermo Andrés, en op., cit., "El control de los servicios..."

³⁸. Conf., Salomoni Jorge Luis, "Objetivos del Mercosur", en Revista de la Administración Pública, N° 168, pág., 31, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992.-

³⁹. Pérez Luño, Antonio E., "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", pág., 228, Tecnos, Madrid, 1991.-

Quiero destacar que en la República Argentina, como he sostenido en otra oportunidad⁴⁰, a partir de 1994 se ha introducido una modificación, por integración, de la concepción de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución, al incorporar con jerarquía constitucional, diversos Tratados sobre la materia. Con ello, se han incorporado las nuevas tipificaciones de esos derechos fundamentales que, en algunos casos, se relacionan con las nuevas corrientes filosóficas e ideológicas que se originaron entre la segunda mitad del siglo XIX y en lo que va de éste siglo, luego de haber experimentado la humanidad, y lamentablemente seguir experimentando, las más terribles violaciones a esos derechos⁴¹.

Pero además estos Tratados, y en razón de la materia, han cambiado de rango respecto del otorgado por el artículo 31 de la Constitución Argentina de 1853 que estableció que: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...". Es decir, había un rango normativo por el cual el tratado, cualquiera fuera su materia, estaba por debajo de la norma constitucional.

Pero como se dijo, con la reforma de esa Constitución, el artículo 75 inciso 22, introdujo en su plexo normativo diversos Tratados de Derechos Humanos que están allí especificados. Es decir que, estos Tratados tienen jerarquía constitucional integrando su plexo jurídico.

En mi opinión esta modificación, además de la incorporación de las nuevas concepciones ya mencionadas, ha tipificado algunos de los derechos y garantías no enumerados en la anterior parte dogmática de la Constitución en su artículo 33. Pero dicha modificación, obviamente, no será estática, ya que el mencionado artículo 33 señala todos los derechos que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, que pueden existir otros además de los señalados. Pero a su vez, la importancia dada por el constituyente a la jerarquía de los Tratados sobre Derecho Humanos ha sido tal, que el último párrafo del mencionado artículo 75 inciso 22 establece un sistema de reforma de la Constitución que podría ser comparado al sistema de modificación o reforma por enmiendas del derecho constitucional Norteamericano, ya que prescribe: "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Es decir que, con el voto de una mayoría especial de los miembros del Congreso de la Nación, se pueden integrar al texto constitucional los plexos normativos de los Tratados sobre Derechos Humanos que suscriba o ratifique la Argentina.

Se puede sostener entonces que, en el sistema constitucional argentino, opera también el principio rector de la presunción general propia de todo Estado de Derecho en favor de la libertad del ciudadano, esto es, el principio "in dubio pro libertate", versión europea, a su vez, "...de la denominada "doctrina del primado de la libertad" (preferred freedom doctrine), elaborada por la Supreme Court norteamericana fundamentalmente para frenar iniciativas públicas de interés social o colectivo en base a la intangibilidad o a la valoración preferente de los derechos de autonomía individual y su posición económica"⁴².

A partir de este principio hermenéutico, y según la perspectiva teórica de los derechos fundamentales, como la teoría de los valores, la institucional, así como la iusnaturalista crítica, este principio "in dubio pro libertate" que, como se observó esta constitucionalizado, tiende a ampliarse en el postulado "favor libertatis". O sea, "no significa solo que en los supuestos dudosos habría que optar por la interpretación que mejor proteja el derecho fundamental, sino que implica concebir el proceso hermenéutico como una labor tendiente a maximizar y utilizar la fuerza expansiva y eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto"⁴³.

⁴⁰. Salomoni, Jorge Luis, "La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino", conferencia dictada en el Congreso Internacional sobre "Temática de la Administración Contemporánea", organizado por la Universidad Notarial Argentina, octubre de 1994. En prensa.

⁴¹. "...aún a riesgo de resultar excesivamente esquemáticos distinguimos tres etapas fundamentales en la evolución de los derechos humanos desde sus orígenes hasta nuestros días, los derechos humanos prerrevolucionarios (prehistoria de los derechos humanos), los derechos humanos del constitucionalismo liberal (derechos humanos de la primera generación) y los del constitucionalismo social (derechos humanos de la segunda generación)...Paralelamente, irrumpe en la escena social una nueva generación de derechos humanos...los denominados derechos humanos de la tercera generación (derechos difusos y derechos cotidianos)". Ara Pinilla, Ignacio, "Las transformaciones de los derechos humanos", págs., 112 y 134/40, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1990).

⁴². Perez Luño, Antonio E., en op., cit., "Derechos Humanos...", pág., 315.-

⁴³. Perez Luño, Antonio E., op., cit., "Derechos Humanos...", págs., 315/6.-

Pareciera ser entonces, que resulta imprescindible una armonización, entre los países miembros, del ordenamiento jurídico de derechos humanos y de su efectiva protección. Para ello, y comenzando desde el derecho administrativo, es necesario que los Estados integrantes del Mercosur adopten leyes de Procedimiento Administrativo y de Derecho Procesal Administrativo y Constitucional, federales, estatales y locales, homogéneas, en cuanto a los recursos y acciones para hacer valer los derechos provenientes de las normas sustantivas, tanto en sede administrativa como judicial. Esto significa también, la necesidad de la homogeneidad de la interpretación judicial de cada país, a los efectos que la misma no conspire contra el sistema de derechos establecido.

4.- Conclusión:

Creo que tanto la falta de reflexión y discusión, sobre el proceso de integración por el que se transita, el modelo del Estado al que se aspira y la teoría de los derechos que se pretende, como el desconocer la realidad política, económica, social y jurídica de un país o una región considerada en un determinado tiempo histórico, pueden no generar las preguntas adecuadas, o si pudieran formularse, quizás, no se obtendrían las respuestas correctas. O lo que es peor, se podría generar la elaboración de un mito como sustitutivo de los ordenamientos jurídicos, y en algunos casos, de esa propia realidad política, social y económica.

Para un supuesto de integración se requiere que tal discusión conduzca al consenso y, por ende, a la armonización de visiones, concepciones, ordenamientos jurídicos, etc. En suma, a la conformación de una cultura común, a un sistema de valores compartido.

El proceso de construcción de la Unión exige, en este continente, un gran esfuerzo de armonización de las Administraciones Públicas, y del sistema de derechos de los particulares, como fue mostrado con anterioridad. Por eso resulta necesaria la construcción de un derecho público comunitario en forma paralela con el crecimiento o construcción de la Comunidad, y que coadyuvará, a su vez, a lograr mayores formas de integración.

El deber del jurista y de la comunidad jurídica toda, entonces, y por lo menos en esta región, es proponer y encontrar la racionalidad del sistema, que sirva, se adecue, a su sistema cultural, más allá de las modas o corrientes efímeras.

Creo, con el gran filósofo francés Gilles Deleuze, que es necesario, hoy más que nunca, pensar, para poder crear así nuevas formas de vida, por que el pensamiento siempre es creación. Creación que permite resistir. Resistir a la imbecilidad, al presente malo, a lo intolerable⁴⁴.

⁴⁴. Conf., "Conversaciones", pág., 228, Pre-Textos, España, 1995.