

Capítulo séptimo

EL ESTADO EN TIEMPOS DE TRANSFORMACIÓN 101

- I. Transformación económica y seguridad jurídica 101
- II. El rol del Estado en la defensa de la competencia 104
- III. Regulación y control 106
- IV. Reforma constitucional y modelo estatal. 110
- V. El lenguaje normativo de la Constitución reformada 115
- VI. El Estado posbenefactor y la sociedad posindustrial 121

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL ESTADO EN TIEMPOS DE TRANSFORMACIÓN

I. TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Hay un primer concepto que identifica a la seguridad con el orden que todo Estado tiene por objetivo establecer. Es la idea que invocaron las doctrinas pactistas para justificar la salida del estado de naturaleza. Comprende, por ende, tanto la autocracia de Hobbes como la democracia de Rousseau. La seguridad, desde ese punto de vista, tiene categoría óptica y es independiente de toda idea de legitimidad o de justicia; se trata más bien de un dato previo a la legitimidad, de allí la frase de Goethe cuando afirmaba: “Prefiero la injusticia al desorden”.

Quedarse con este concepto de seguridad implica quedarse con una idea limitada que admite la existencia de seguridad jurídica, aun en los regímenes autoritarios, es una idea más cercana a Maquiavelo que a Kant y, en definitiva, puede consagrar la seguridad de la injusticia o la seguridad de la opresión. Recordemos el “vive peligrosamente” de Mussolini, que implicaba reconocer la seguridad en el orden del Estado, pero un alto grado de inseguridad en el plano individual.

La idea de seguridad jurídica que se corresponde con el constitucionalismo liberal requiere en cambio de otro elemento, en tanto aquí la seguridad tiene categoría axiológica al corresponderse con una derivación individual del orden social, pero que está ínsita en la libertad individual. Por eso, la seguridad jurídica es un elemento esencial en la libertad económica. Si bien la afirmación de esta segunda idea de seguridad se produce con el racionalismo y está ligada con el pensamiento individualista de la sociedad burguesa, su aparición se remonta a los albores del Renacimiento, cuando los juristas romanistas antepusieron a la antigua idea de la tranquilidad y paz sociales como fines del Estado de derecho, la idea de la inviolabilidad de los derechos individuales derivados del *status* de cada persona, considerada libre de querer, de obrar y de disponer de sí y

de sus bienes, acentuando ampliamente el valor de las relaciones jurídicas, y exigiendo enérgicamente una plena tutela de los derechos adquiridos.

El maestro de derecho Luis Legaz y Lacambra atribuyó a un prestigioso jurista del 400 —Baldo de Ubaldi— la construcción de ese concepto de seguridad jurídica, que ha sido recogido por la cultura jurídica occidental.

El problema de la seguridad jurídica es un problema de medios y no de fines. Aun cuando exista coincidencia en los fines a alcanzar, la seguridad jurídica enfatiza el respeto por los procedimientos. Esto es lo que define el irremplazable valor del derecho como ordenamiento social y es lo que distingue, en definitiva, a las sociedades jurídicamente desarrolladas de las subdesarrolladas.

En la República Argentina, donde las encuestas de opinión ubican a la seguridad jurídica y a la corrupción entre las principales preocupaciones de la ciudadanía (ambas van muy unidas), se observa que la mayoría de la población comparte la legitimidad de los grandes objetivos de la política económica: reforma del Estado, privatizaciones, desregulación, etcétera; pero que no se comparten en cambio los métodos adoptados, acerca de cuya transparencia, falta de control y mal funcionamiento de la justicia existe marcada preocupación.

Suele señalarse de una manera especial la importancia de la seguridad jurídica en materia económica, debe advertirse, sin embargo, que no se trata de una categoría diferente, sino que la misma se enrola en el ámbito de los conceptos antes señalados y que hacen a la afirmación, tanto de las libertades económicas como de los derechos individuales. Si pudiéramos cambiar el criterio clásico de interpretación de las normas jurídicas —la intención del legislador— por otro que contemplara el interés del buen inversor, comprobaríamos que nada cambiaría en cuanto a las exigencias de la seguridad jurídica, que para Max Weber se concentraban en la idea de previsibilidad y que Hans Kelsen describiera, al referirse a las sociedades democráticas, como “respeto de la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales”.

Todo inversor en un país extranjero da enorme importancia al marco jurídico que va a garantizar su propiedad y en fijar la permanencia de las reglas de juego. Se trata de un tema que es objeto de estudios especializados en las principales universidades y escuelas de negocios del mundo desarrollado.

Nuestro país presenta un tradicional atraso en esta materia, donde se observan algunos factores que son de tipo estructural y que han remarcado el llamado “costo argentino”; entre ellos el exacerbado hiper presidencialismo como deformación de nuestro sistema político y la tendencia a la anomia, o desconocimiento de las reglas, tanto por parte de la sociedad como del Estado. La continua apelación a la emergencia para producir cambios económicos es una característica que se ha observado frente a diferentes cambios de modelo y es una característica que ejemplifica lo señalado en último término.

No debe desconocerse, sin embargo, que se ha avanzado para revertir esa situación, la estabilidad es un paso importante y la desregulación permitirá terminar con una cantidad de conductas discrecionales en el ámbito de la administración pública. El solo hecho de que el tema de la seguridad jurídica se encuentre “sobre el tapete” revela ese avance. Sin embargo, quedan muchas cosas de qué preocuparse. Algunas parecen haberse agravado.

Es necesario que el ejemplo provenga del gobierno, en donde se observa una cierta postergación de los medios en favor de los fines. Así ocurre con la práctica abusiva de los decretos “de necesidad y urgencia” que avanzan sobre las facultades del Congreso, con la falta de mecanismos de control que sean aptos para determinar responsabilidades, la tendencia monopólica en los procesos de privatización, la reiterada violación de derechos adquiridos, el avance excesivo en las facultades de algunos organismos públicos (por ejemplo, la DGI) sin la contraprestación de suficientes garantías para los administrados, la insuficiencia de mecanismos de acceso a la justicia.

Tal vez no sea ocioso recordar las palabras de Hamilton, en el capítulo LXXVIII, de *El federalista*, cuando señalaba refiriéndose al antecedente más directo de nuestra Constitución:

...aun cuando a veces sean los Tribunales de Justicia los que opriman a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas en esa dirección; quiero decir, mientras el Departamento Judicial se mantenga aislado tanto del Legislativo como del Ejecutivo, porque estoy conforme con que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes Legislativo y Ejecutivo... —y agregaba—: ...la libertad no puede tener nada que temer de la Administración de Justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos...

II. EL ROL DEL ESTADO EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La sociedad está formada por diversos sectores que interactúan dentro de ésta en pos de la satisfacción de sus objetivos. Estos sectores buscan obtener ciertos resultados, como consecuencia de un conjunto de acciones que emprenden. El proceso para la toma de decisiones es una opción entre acciones alternativas diferentes, sobre la base de determinados criterios, definidos sobre la base del contexto donde éstas serán ejecutadas.

El planteo de la competencia perfecta dentro de la teoría liberal económica sugiere que los resultados a los que conduce una acción autónoma de los particulares son óptimos desde el punto de vista social. No son necesarios mecanismos formales u organismos para regular las acciones del sector privado, ya que existen mecanismos automáticos que conducen a una situación óptima deseada, la mano invisible del mercado. El criterio de decisión utilizado por los particulares es la maximización de beneficios que constituye el incentivo motriz del sistema. Este es, en forma simplificada, el esquema general de la concepción liberal de la economía. La regulación automática que provee el mercado es suficiente para el funcionamiento óptimo de las empresas y la economía.

La necesidad de la regulación surge cuando los resultados de estos procesos de decisión autónomos materializan situaciones que no son consideradas adecuadas por la sociedad, aun cuando éstas resultan ser perfectamente convenientes para el sector que resulta beneficiado.

Este fenómeno, que resulta de perseguir la maximización de los beneficios, produce muchas veces resultados socialmente ingratos, especialmente en países en vías de desarrollo. Las bases para una competencia perfecta en los mercados suelen ser inexistentes y la formación de empresas monopólicas, la producción ineficiente de bienes o servicios por parte del Estado, las desigualdades regionales o el deterioro del medio ambiente, a modo de ejemplo, suelen ser el producto de iniciativas individuales no reguladas adecuadamente. La operación autónoma de los particulares bajo los mecanismos de la mano invisible no es suficiente y se hace necesaria la intervención regulatoria del Estado.

A partir de estas ideas previas, podemos plantear el concepto de regulación en un sentido amplio, tal como va a ser analizado en el presente trabajo, como las acciones, explícitas o implícitas, formales o informales, que emprende el Estado para influir en los comportamientos de los particulares, ajustando el resultado de sus acciones a lo deseado por éste.

Los instrumentos a disposición del Estado para ejercer esa influencia son múltiples: la simple difusión de información o de recomendaciones puede ser suficiente para orientar los comportamientos; si esto no resulta suficiente pueden utilizarse incentivos o sanciones de distinta naturaleza o, como ha ocurrido en nuestro país y en diversas partes del mundo, puede el Estado convertirse en productor directo o indirecto de bienes y servicios considerados importantes para la comunidad.

Este proceso de intervención estatal dentro de la economía y sus consecuencias perjudiciales para la sociedad derivó en las últimas cinco décadas en la refuncionalización de su papel. A comienzos de la década de los setenta, cobra un gran impulso en el mundo un movimiento orientado hacia la reducción del papel del Estado en la sociedad, especialmente en el campo económico, este proceso ha sido instrumentado de diversas formas según las características coyunturales donde se desarrolló, a través de privatización de empresas estatales, liberalización de los mercados, desregulaciones, disminución del aparato administrativo, etcétera.

No obstante, ha presentado un denominador común, que es el origen fundamental de este proceso: la comprensión por parte de la sociedad de que la intervención por parte del Estado en la economía genera costos sociales que generalmente superan los beneficios que derivan de ella. El funcionamiento de un Estado sobredimensionado y regulador demanda costos que debe erogar el Estado para la implementación de las normas reguladoras, costos en los que incurren los agentes económicos para cumplirlas, y los originados en las pérdidas que deben afrontar los consumidores de bienes o servicios frutos de tales regulaciones. Esto es sufrido por la sociedad en el aumento de los productos que consume o en el sustento del déficit que la actividad de estas empresas provoca. En casi todos los casos en donde existen actividades reguladoras desmedidas, se ha distorsionado la relación entre el costo de tal actividad y los beneficios sociales que ésta provoca.

Las regulaciones se presentan como un método para corregir las fallas del mercado y promover el bien común, pero en una economía donde el Estado tiene mucho poder a través de las regulaciones, los grupos sectoriales participan en una puja permanente para influir sobre las regulaciones y los reguladores. Este tipo de situaciones plantea un marco donde existe el convencimiento de que se consigue más con los privilegios que con un esfuerzo por aumentar la eficiencia de cada sector. La empresa privada no puede ser considerada como la causante de esta situación, sino

que es la consecuencia de un medio económico-jurídico en donde los criterios tradicionales de rentabilidad han dado paso a los privilegios y las protecciones.

En los mercados regulados, el orientador de los beneficios sectoriales resulta ser la voluntad del regulador, beneficiosa para unos e inaccesible para otros. Esto se traduce en una clara desigualdad de oportunidades, fin no deseado en una regulación bien intencionada, pero que generalmente resulta ser la realidad del sistema, sobre todo cuando los actores que intervienen pasan del gobierno a la empresa y viceversa.

III. REGULACIÓN Y CONTROL

El desarrollo de una fuerte política privatizadora, como inicio del proceso de transformación del Estado (Leyes 23.696 y 23.697), en el marco del cual se han transferido al sector privado las prestaciones o explotaciones de servicios públicos esenciales, y las actividades de interés general vinculadas con éstos, como por ejemplo la generación de energía eléctrica y producción de gas en relación con los servicios públicos de transporte y distribución de gas natural, o la prestación de los servicios diferenciados del básico, como la telefonía celular, etcétera, importa un destacable realzamiento del papel controlador del Estado.

Esta circunstancia no ha sido ajena a la reforma constitucional sino que ha sido receptada en su artículo 42, consagratorio de una serie de derechos y garantías referidos a la relación de consumo, salud, seguridad e interés económico de los usuarios, al imponer en forma expresa, como deber del Estado, el efectivo control y regulación de los mismos.

El sistema de control de la explotación privada de los servicios públicos, constituye un pilar fundamental para la obtención de resultados favorables en lo que al proceso de transformación respecta, si tomamos en cuenta que la finalidad de la transferencia de las prestaciones al sector privado ha sido principalmente optimizar el funcionamiento de los servicios.

Abandonar un modelo intervencionista de Estado implica colocar al mismo en una posición distinta, pero no menos importante frente a la comunidad, cual es: dejar de ser prestador para cumplir una función netamente controladora, en resguardo del interés público y promoción del bienestar general.

Cabe resaltar que la situación descrita importa un real desamparo en relación con los usuarios, cuyos intereses particulares actuales y potenciales no estarán ya resguardados ínsitamente, como se entiende en las actividades prestadas tradicionalmente por el Estado respecto de sus administrados. En las circunstancias actuales, dichos intereses se verían en pugna con los objetivos de rentabilidad económica perseguidos por las empresas privadas que detentan las concesiones de los diversos servicios públicos.

Precisamente, en este sentido se manifiesta el artículo 42 de la Constitución cuando dota de jerarquía constitucional a los siguientes deberes de la autoridad pública:

- a) Protección de los usuarios;
- b) Establecimiento de marcos regulatorios;
- c) Defensa de la competencia y control de monopolios; y
- d) Promoción de la participación de los usuarios en los organismos de control.

El nuevo concepto de servicio público, expresado en el texto constitucional requiere, en este contexto, la regulación y control de los mismos, exigencia ésta que deriva de su particular incidencia en la satisfacción de las necesidades básicas que hacen a la calidad de vida y al desarrollo social pleno, objetivos que campean en prácticamente la totalidad de la normativa constitucional.

Por lo tanto no es apropiado atribuir la necesidad de regulación y control a un único fundamento, sino que deben considerarse todos aquellos que hagan a la protección de los derechos de los usuarios, el estímulo de inversiones, la confiabilidad, accesibilidad y eficiencia del servicio,⁸⁴ a asegurar su regularidad, continuidad, igualdad y generalidad,⁸⁵ y a la expansión del sistema, la calidad y continuidad de las prestaciones, la protección de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente,⁸⁶ y en todos los casos con tarifas justas y razonables.⁸⁷

Tampoco, no obstante la preocupación que origina, el carácter monopólico de la prestación de servicios públicos puede ser un exclusivo mo-

⁸⁴ Artículo 2o., Leyes 24.065 y 24.076.

⁸⁵ Artículo 8o., Decreto 1185/90.

⁸⁶ Artículo 2o., Decreto 999/92.

⁸⁷ Mata, I., *Noción actual de servicio público*, trabajo presentado al Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado, p. 10.

tivo de regulación, puesto que existiendo competencia, ésta por sí misma no implica la eficiencia y razonabilidad, menos la prestación en lugares donde presenta baja rentabilidad.⁸⁸ Volveremos sobre esta cuestión al tratar la noción de Estado social.

En síntesis, el Estado debe poner énfasis en la regulación, en cumplimiento de su tradicional papel de garantizador de la satisfacción del bien común, manifestado como: “realidad existencial que se expresa a través de una multiplicidad de condiciones, políticas, culturales, económicas, sociales, etcétera, que permiten al hombre realizarse verdaderamente como tal”.⁸⁹

Queda comprendido, así, el deber de prevenir tanto las consecuencias económicas producto del carácter monopólico de la prestación del servicio como de la desigual e insuficiente información aportada a los usuarios, y a cualquier otra consecuencia que afecte perjudicialmente a terceros no involucrados en la relación de consumo.

Estas últimas consecuencias se denominan externalidades y han sido definidas como: “costos o beneficios que inciden sobre terceros no directamente involucrados en el intercambio jurídico o económico de que se trate”, en este caso, la regulación tiende a evitar las externalidades negativas, como aquellas producidas por el uso abusivo de los bienes comunes que podrían afectar el medio ambiente. En términos económicos se adopta un sistema de regulación de prevención y control tendiente a evitar abusos de posición por parte del prestador del servicio.

La regulación y control, no obstante otros sistemas que los han considerado como instrumentos escindibles, son etapas de un mismo proceso, que se inicia con el establecimiento de reglas que rijan la actividad en cuestión, y se complementan con el debido control en el cumplimiento de dichas reglas durante el desarrollo de la actividad’, a través de un esquema institucional de control interno-externo, cuya estructura comprende diversos organismos dotados de facultades, que deben procurar coordinarse a fin de evitar superposiciones, en detrimento de la eficiencia y rapidez en el logro de los objetivos.⁹⁰

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ Barra, Rodolfo Carlos, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 43.

⁹⁰ Mitnick, Gary, *La economía política de la regulación*, México, Fondo de Cultura Económica, Economía Contemporánea, 1989, pp. 443 y ss.

Recordemos que actualmente intervienen en el sistema de regulación y control de los servicios públicos los denominados entes reguladores vinculados institucionalmente a distintas secretarías de la administración central. Desde el punto de vista del control interno, las Unidades Auditoras Internas (UAI) de cada organismo de la administración pública, coordinadas por la Sindicatura General de la Nación, también intervienen en asuntos relativos a los servicios sujetos a control. El control externo de estos organismos está a cargo de la Auditoría General de la Nación (AGN), institución de rango constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, a la cual se le ha atribuido específicamente el control de los entes reguladores de servicios públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de sus contratos. Interviene también el Defensor del Pueblo de la Nación conforme a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

Los aspectos a complementarios no sólo incluyen las funciones de los organismos en cuestión, sino también los referidos a la organización y estructura de los entes reguladores, el establecimiento de procedimientos para la solución y prevención de conflictos, el sistema de información, la atención al usuario, los mecanismos para efectuar los reclamos y los instrumentos que permitan la operatividad plena del derecho de los usuarios a participar en los organismos de control a través de las asociaciones que los agrupan.⁹¹

Actualmente en nuestro país los instrumentos de regulación y control con que cuenta el Estado son:

1. El ente regulador;
2. El control de precios; y
3. La habilitación para prestar el servicio.

En el marco del proceso de privatización, y con el propósito de mantenerse al margen de las influencias políticas y económicas directas, fueron creados entes para regular y controlar la prestación de los diversos servicios.

Con carácter autárquico, recursos propios y la facultad de percibir una contribución de los usuarios del sistema, se hallan a cargo de un órgano colegiado (directorío) cuyas decisiones serán recurribles por vía de la alzada. Asimismo su personal está sujeto al régimen del contrato de trabajo.

⁹¹ Mata, I., *op. cit.*, nota 87, p. 6.

Entre las atribuciones del órgano descentralizado de control, descontando las netamente técnicas, destacamos las llamadas jurisdiccionales en cuanto resuelven controversias relacionadas al servicio, entre particulares (actores y usuarios), sea en forma obligatoria para los actores (ENRE, ENARGAS) u optativa (CNT, ETOSS). Dichas funciones no modifican su carácter administrativo.

- Son principios generales en materia tarifaria;
- Primordialmente el aseguramiento de tarifas justas y razonables;
- La prohibición de efectuar diferencias entre ellas, salvo las autorizadas por el ente regulador, referidas a distintas localizaciones o tipo de servicio;
- El precio debe expresar el uso racional y eficiente de los servicios y de los recursos necesarios para su prestación;
- El precio debe reflejar el costo económico del servicio, incluyendo la utilidad del prestador y las inversiones de los planes de expansión;
- El aseguramiento del mínimo costo para los usuarios, compatible con la seguridad en la prestación.

La Ley 23.696 de Reforma del Estado ha establecido como formas de materialización de las privatizaciones: la concesión, licencia o permiso.

En leyes posteriores a la citada, referidas a los diversos servicios, se han especificado las condiciones, modos y plazos en que se efectuarían las privatizaciones estipuladas, cuyo cumplimiento estricto es requisito de legalidad de las mismas.

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL Y MODELO ESTATAL

Pero, más allá de estas especificidades, a nuestro entender y en virtud del mencionado principio de unidad interpretadora, el gran límite al posible reconocimiento de la capacidad auto regulativa del propio mercado es la noción de justicia social (artículo 75, inciso 19). El presupuesto liberal queda así constreñido a un marco de respeto de la condición humana y del desarrollo humano. No cualquier consecuencia del mercado como tal tiene que ser admitida y protegida por el Estado. Y así, por encima de la competencia, parece regir un presupuesto de control cuyo fundamento se encuentra en las condiciones anteriormente esbozadas. El mercado por ser

tal genera ciertos beneficios, pero puede también producir terribles desigualdades sociales que afecten al desarrollo humano. La cuestión entonces se constriñe a delimitar cierta noción de justicia social que permita identificar los aspectos limitadores del mercado.

Dentro del proceso constitucional que la Argentina vivió en el año 1994 se incorporó, al texto constitucional vigente, el concepto de justicia social.

Para comenzar, la incorporación de dicho concepto debe interpretarse como la intención del constituyente de evolucionar hacia un concepto diferente de Estado: evolucionar más allá del abstencionismo estatal pero sin caer en el intervencionismo. La visión del mercado como elemento natural de la interrelación limitado por los presupuestos que hacen a la conservación de ciertas condiciones de desarrollo humano.

La noción de justicia social surge de la fusión de dos ideologías, por un lado, las demoliberales y, por el otro, las ideologías de corte social. La idea radica en tomar ciertos elementos calificados de relevantes en una concepción de Estado demoliberal, tales como el respeto de las libertades individuales, la libertad de mercado, la preponderancia de la igualdad, la libertad de contratación, etcétera, y deshacerse de todos aquellos que, bajo la justificación de la libertad de mercado, condicionen al hombre, de lleno, a la oferta y la demanda.

Respecto del constitucionalismo social se da cuenta solamente de aquellos elementos que permitan crear un ámbito de indisponibilidad, a fin de garantizar al hombre un piso mínimo de derechos y beneficios. La emancipación de las funciones de control elementales del Estado, la igualdad de oportunidades, etcétera, forman el núcleo de ese “coto vedado”, según la terminología de Garzón Valdés. Claro está, todo esto sin caer en el intervencionismo, que en última instancia también atenta contra el hombre dada la restricción a las libertades que genera y la frustración de sus expectativas de desarrollo.

Hablar de justicia social, es cambiar el prisma del análisis, para ubicar al hombre, en su carácter de ser social, en un plano de mayor preponderancia y abandonar aquella postura que considera al hombre como un simple elemento del mercado o un instrumento de consumo o trabajo. Intentar ir más allá de las viejas ideologías, concibiendo un nuevo papel para un nuevo Estado, es aquello que puede revelarse en el fondo del nuevo concepto, que se ha denominado justicia social. En definitiva ha-

blar de justicia social es concebir un sistema capitalista que reconozca al hombre como protagonista.

Pero si esto es así, cabe entonces preguntarse: ¿cuál es el papel que debe tener el Estado en un sistema capitalista que tenga como protagonista al hombre? El papel debe ser el de un Estado subsidiario, es decir, un Estado que no realice aquellas funciones que pueden ser prestadas por los particulares, pero que a su vez debe brindar a cada uno de los integrantes de la comunidad un sistema de control y garantías mínimas que contribuyan a garantizar dicho protagonismo y que realice todas aquellas tareas que son indelegables a los particulares. Definiéndose así, aquello que los juristas definen como modelo de competencia.

El porqué de qué conceptos como justicia social deben aparecer dentro del texto constitucional es contestado de manera simple pero certera por Miguel Herro de Miñón. Al respecto dice:

Las constituciones se configuran como zonas de seguridad; se introduce en la Constitución lo que se quiere garantizar frente a terceros. La segunda es la utilización de la Constitución para afirmar los programas de reforma social, es decir, las metas y métodos para transformar la economía. Y la tercera es la tendencia de llegar a un compromiso entre las dos anteriores y afirmar retóricamente lo que no se piensa hacer.

En definitiva, hablar de justicia social dentro del sistema capitalista es hablar de una nueva manera de concebir el mercado. Los conceptos de justicia y equidad en la distribución de los beneficios, tan ajenos al discurso liberal, así como el deber de soportar los imprevistos de éste. Todas estas nociones adquieren su culminación en referencia al concepto de “bien común”.

Ya León XIII (*Rerum novarum*) destacó que el Estado debe velar por el bien común como propia misión suya. Bajo esa concepción expresaba:

Mas, aunque todos los ciudadanos, sin excepción alguna, deban contribuir necesariamente a la totalidad del bien común del cual deriva una parte no pequeña a los individuos, no todos sin embargo, pueden aportar lo mismo ni en igual cantidad... (*Rerum novarum*). El fin establecido para la sociedad civil alcanza a todos, en cuanto persigue el bien común, del cual es justo que participen todos y cada uno según la proporción debida (*Rerum novarum*).

Pío XI (*Divini Mius Magistri*) definió al bien común en el orden temporal como consistente en la paz y seguridad de que las familias y los individuos puedan gozar del ejercicio de sus derechos, y a la vez en el mayor bienestar espiritual y material que sea posible en la vida presente, mediante la unión y coordinación de la actividad de todos.

En cuanto a lo que se ha denominado “zona de indisponibilidad”, se debe entender como un cúmulo de derechos pertenecientes a los individuos, que deben ser prestados por el Estado a los particulares, o en caso de no prestación por parte del Estado el aseguramiento de las vías apropiadas para exigir dicha prestación.

Dentro de dicha zona de indisponibilidad, encontramos a: 1) La igualdad de oportunidades, 2) El principio para que una clase excluya a la otra en la distribución de los beneficios, 3) La libertad de mercado, 4) El principio de equidad, 5) El principio de solidaridad, 6) El principio de igualdad, 7) La actividad de control del Estado sobre las actividades expresamente delegadas a los particulares, 8) Todo otro derecho o libertad que se reconozca expresamente en nuestra Constitución.

En última instancia, en nuestra sociedad, la zona de indisponibilidad, teóricamente, está dada por el texto constitucional. El origen de este evolucionado concepto de justicia social puede rastrearse en la encíclica de *Rerum novarum*, es ahí donde se deja entrever por primera vez de manera incisiva la idea de justicia social y función social de la propiedad. Esta circunstancia no es casual sino que, para algunos autores, es producto del pensamiento católico tradicional. Específicamente, para vislumbrar la evolución del concepto en nuestra historia, debemos partir de la ideología demoliberal con ingredientes cristianos, donde la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad aparecen como principios rectores fundamentales, que formalmente presentaba la Constitución de 1853/1860.

Muchos adjudican este fenómeno a los efectos posteriores propios de las grandes revoluciones, no por idealismo católico, sino por la preponderancia de las libertades individuales. Es así que esa estructura demoliberal se mantuvo vigente hasta que fue sacudida en sus bases por la aparición y tipificación de los conceptos pertenecientes al denominado constitucionalismo social en la estructura constitucional, en nuestro caso a partir de la reforma constitucional de 1957, y con anterioridad en la fallida reforma de 1949.

Sin embargo, para algunos autores, el origen del Estado social es anterior a la incorporación del artículo 14 bis, situándose a partir de, por un

lado, la vasta incorporación de leyes sociales y, por el otro lado, el sacrificio de ciertos derechos individuales en pro del interés general. Pero ha sido la aparición de nuevos criterios, o mejor dicho, la mala interpretación de los mismos, la que ha generado el sobredimensionamiento del Estado, transformándose en un Estado de corte netamente intervencionista y culminando con la crisis de la que todos fuimos testigos.

Por lo tanto, en poco más de una centuria, el Estado argentino pasó de una posición liberal abstencionista a un Estado intervencionista, todo ello bajo el régimen legal de una misma y única Constitución Nacional. Ahora bien, la única manera de explicar el camino que transitó nuestra carta magna es a través de los vuelcos de interpretación ideológica que se le dio al texto.

Con posterioridad, en el año 1994, se decidió encarar una nueva reforma constitucional vía convención constituyente. En el acuerdo político marco del que surgió la necesidad y acuerdo sobre el alcance de la reforma se decidió mantener intacta la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Aun cuando suele creerse que, por encontrarse limitada la reforma a la parte orgánica de nuestra ley fundamental, el objeto de la misma se iba a dirigir únicamente a introducir modificaciones al funcionamiento de los poderes del Estado; sin embargo, en una lectura más profunda, la reforma puede darnos la estructura, sentar las bases para la sociedad argentina del siglo XXI.

Muchos autores, cuya opinión compartimos, han definido a la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 como una ley en blanco, toda vez que incorporó, por un lado, un número significativo de derechos, estructuras y conceptos ideológicos que, o bien aun no han sido reglamentados para su ejercicio, o bien no se han dictado las correspondientes leyes orgánicas, y por otro lado, se incorporaron conceptos vagos que impiden descifrar la intención por la cual han sido considerados.

Como producto de dicha reforma, se incorporó en el artículo 75 inciso 19, de la Constitución Nacional, texto vigente según la última reforma de 1994, el destacado concepto de justicia social.

Textualmente, en su primer párrafo el artículo de referencia prescribe:

Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del

valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...

Pero cabe recordar una vez más que no hay justicia social sin bien común, sin distribución equitativa de los beneficios, sin seguridad social para los individuos, sin equidad, sin libertad, sin igualdad ante la ley. Y que sin justicia social el hombre deja de ser el protagonista del mercado y lo sitúa al libre arbitrio de la eficiencia de sus relaciones en este contexto.

La mano invisible que rige el mercado adquiere en el contexto del Estado social una estructura orgánica aglutinada bajo la noción de Estado.

V. EL LENGUAJE NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

La reforma constitucional de 1994 ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos. El catálogo de derechos declarados y de garantías se ha ampliado apuntando al valor de la solidaridad. La participación es otro de los valores afirmados, haciendo a la Constitución más democrática. Ha afirmado también el constituyente un concepto más social y material de la igualdad, que viene a completar el concepto de igualdad formal del artículo 16 con un nuevo criterio interpretativo, cual es el de la igualdad de oportunidades que aparece repetido en distintas partes del texto y en la consagración de acciones positivas que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación (artículo 75, inciso 23).

El tono general de la reforma, en lo ideológico, se ha corrido más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal. El ingreso de una cantidad de principios que no estaban expresamente consagrados en el texto se da por cantidad de tratados internacionales que pasan a tener “jerarquía constitucional” (artículo 75, inciso 22) y que, por la época en que dichos tratados fueron suscriptos, se enmarcan claramente en la etapa del constitucionalismo social de posguerra y anterior a la crisis mundial del petróleo que trajo también aparejada la crisis del Estado social de derecho.

Resulta también paradójico que estos principios hayan sido afirmados por el constituyente el pleno tiempo de ajuste hacia un pretendido modelo de Estado neoliberal. No hay, en cambio, en la reforma reciente, ningún artículo que proclame la libertad económica, ni la economía de mercado.

No aparece un programa constitucional como exhibió la Constitución histórica, no aparece el *telos* ni el modelo del texto constitucional, por el contrario, y como dijimos al principio, hay muchos aspectos fundamentales que quedaron sin definirse y con el riesgo, potencial o real, de lo que pueda ocurrir.

Los dos principios incorporados que tienen más importancia en materia económica son el derecho al medio ambiente (artículo 41) y la integración económica latinoamericana (artículo 75, inciso 24), por su inevitable repercusión, tanto en los derechos económicos como en los principios orientadores de la política económica.

De estos principios, y de otros que consagran los derechos de usuarios y consumidores (artículo 42) así como la posibilidad de ejercitar la acción de amparo contra los titulares de servicios públicos privatizados (artículo 43), se desprende —aunque no esté claramente dicho— que se propugna un modelo de competencia, dentro del cual cabe al Estado un papel regulador para que el mercado funcione.

Pero el núcleo ideológico de la reforma está en el inciso 19, del artículo 75, ubicado a continuación de la cláusula del progreso (ex artículo 67, inciso 16). La nueva norma se ha dado en llamar cláusula del nuevo progreso o cláusula del progreso económico y social donde se establecen como valores fundamentales a proveer por la legislación:

...al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento... (párrafo primero).

El término desarrollo humano aparece repetido en otros artículos y debe vincularse como la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en tanto se toma al denominado Índice de Desarrollo Humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no sólo contemplan el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etcétera. En ese mismo sentido, el término progreso económico se diferencia del mero crecimiento económico en tanto aquél marca simplemente diferencias en el producto bruto, en tanto el progreso denota una idea de avance en una dirección ética predeterminada.

El segundo párrafo plantea el objetivo del equilibrio territorial en los siguientes términos "...Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio, promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas el Senado será la cámara de origen...".

En materia de educación se establece:

...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública y estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales... (párrafo tercero). Y finalmente: ...Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor y el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Es de destacar, también, que la reforma se ha basado en antecedentes diferentes a los que tuvo por vista la Constitución histórica. Resulta obvio señalar que el constituyente no tuvo por base documentos similares a las bases ni al proyecto de la Constitución de Juan Bautista Alberdi; la reforma de 1994 tuvo principalmente en cuenta, entre otros documentos, a los dictámenes del denominado Consejo para la Consolidación de la Democracia y a la reforma provisoria de 1972 impulsada por un gobierno de facto que pusieron el acento en la atenuación del hiperpresidencialismo, el primero, y en la agilización de las funciones del Congreso, el segundo; entre otros importantes aspectos.

Pero el dato más importante a destacar en este sentido es que la Constitución histórica recibió en su interpretación la influencia del constitucionalismo estadounidense por la jurisprudencia de la *Supreme Court* y por los escritos doctrinarios, especialmente los recopilados en *El federalista* por Madison, Hamilton y Jay. No pocas veces se ha afirmado que la Constitución argentina ha sido vaciada sobre los moldes de la norteamericana, tema que fue objeto de una aguda polémica entre Alberdi y Sarmiento. La influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre nuestra Corte Suprema ha sido muy importante y, en muchos temas, han seguido líneas paralelas, como ha ocurrido, por ejemplo con la doctrina del poder de policía.

La reforma de 1994 estuvo, en cambio, muy influida por el constitucionalismo europeo en el diseño de las nuevas instituciones propuestas (por ejemplo: Defensor del Pueblo, Nuevas Garantías, etcétera) y entre éstas, ha tenido una marcada influencia la Constitución española de 1978, que ha servido de base y modelo para la redacción de distintos artículos. En ese sentido, mientras la Constitución histórica adscribe al liberalismo individualista, la Constitución española, una de las más recientes de Europa, proclama un Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1).

No sólo se reformó una cantidad importante de artículos y se agregaron nuevas disposiciones, sino que también se ha modificado el lenguaje; el estilo claro y abierto que caracterizaba a la norma fundamental que habían redactado Benjamin Gorostiaga y Juan María Gutiérrez, principalmente. Estas razones han hecho frecuente el uso de la expresión “nueva Constitución” y nos lleva a plantearnos si se trata de una Constitución nueva o reformada. Para nosotros está claro que debe hablarse de la Constitución reformada, no solamente porque se trató de un caso de ejercicio de poder constituyente derivado (artículo 30 de la Constitución Nacional) sino porque expresamente fue jurada la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, legitimándose la reforma de 1957 y excluyendo la de 1949.

Para nosotros no se trata solamente de una cuestión terminológica. En efecto, según se trate de una u otra cosa, cambiará la interpretación de la misma. Si se trata de una Constitución nueva, debiera centrarse la interpretación en los nuevos principios incorporados, en tanto que tratándose, como es el caso, de la Constitución histórica reformada, los nuevos principios deben interpretarse a la luz de los primeros y buscando el sentido que los complementa y adapta, sin perder la dirección original. Esta otra razón nos reafirma, aun más, en el criterio de interpretar que estamos ante una norma reformada y no ante una norma nueva.

Dicho todo esto, y tomando como premisa el carácter liberal de la Constitución de 1853, con algún ingrediente social proveniente de la reforma constitucional de 1957 y una influencia católica tradicional, si aceptamos la posición de Sagüés de acuerdo con lo ya analizado, corresponde ahora determinar cuál es la ideología predominante en nuestra Constitución Nacional después del paso del constituyente de 1994, con su impronta aun más social, afirmadora del concepto de desarrollo humano, de la justicia social y de la igualdad real de oportunidades, al tiempo que consagra un derecho constitucional al “ambiente sano y equilibrado

para las generaciones actuales y futuras” (artículo 41), determina una componente ecológica que no sólo es obligación del Estado sino también, y fundamentalmente, una postura ética. El pensamiento católico tradicional, por su parte, parece haber sufrido un retraimiento al eliminarse el requisito confesional para ser presidente de la nación y al haberse desarrollado una moral pública, no necesariamente identificada con el cristianismo.

¿Cuál es entonces actualmente el ideario constitucional argentino?, cabe preguntarse, ¿cuáles son los principios dominantes entre tanta confluencia de ideas? Creemos que, si bien la respuesta debe buscarse en los principios expresados en el texto constitucional, ellos no deben independizarse de una realidad circundante, de carácter sociológico, según gusta decir Bidart Campos, y que abarca la experiencia histórica, las preferencias sociales y el sentimiento colectivo. Por todas las razones expuestas, bien puede concluirse, a nuestro juicio, que el constitucionalismo social resalta en la Constitución argentina.

Pero es de advertir que el término no debe interpretarse bajo el estigma de izquierdas o derechas, superadas por la historia y las mismas realidades, como bien lo enseñara Norberto Bobbio. Por el contrario, en la Constitución argentina, el constitucionalismo social sólo se entiende dentro, y no fuera, de la economía de mercado, como una continuidad racional del Estado liberal, reiterando lo expresado por Vanossi. De ese modo, el constitucionalismo social argentino es una síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del nuevo Estado: el modelo de competencia.

Pocas dudas pueden haber sobre la afirmación en cuanto a que el constitucionalismo se encuentra ligado con el sistema capitalista. No sólo por sus orígenes, sino también porque el muro de Berlín ha caído, y con él también las utopías que pretendieron alejar al desarrollo económico de su intrínseca relación con el Estado de derecho. Ya Maurice Duverger había señalado, años atrás, que era la economía de mercado la que se correspondía con el sistema democrático al priorizar, ambos, la libertad. La experiencia también demuestra que los niveles más altos de desarrollo se dan en aquellos países que guardan una adecuada correlación entre libertad económica y libertad política, como se desprende de los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), donde se afirma:

...Es claro, al menos, que en la actualidad, los países que registran un mejor desempeño económico (medido de acuerdo por el PBI o el IDH) son también aquellos con una mayor dosis de libertad. E inclusive en países en donde el desarrollo económico y la libertad no han ido a la par durante algunos periodos (como el europeo oriental y el norte de Asia), ahora uno y otra se están acercando.

Hoy la opción se da dentro del sistema capitalista, para determinar qué tipo de capitalismo queremos, uno que tenga al hombre como protagonista u otro que someta todo a la decisión del mercado.

Esta opción ha sido planteada con gran lucidez por Michel Albert en su difundida obra *Capitalismo contra capitalismo*, donde se plantea este debate. De ese modo el neoliberalismo es entendido como una revalorización de la economía de mercado que recoge los aportes del Estado social de derecho en orden a corregir las deformaciones y desigualdades que el mercado produce y a realizar una sociedad más justa y equitativa. En la *Teoría de la justicia*, de John Rawls, se desarrolla y fundamenta esta importante cuestión. Es en este marco ideológico donde se aboga por una relación adecuada entre transformación económica y seguridad jurídica, que coordine el principio económico de la eficacia con un Estado eficiente para asegurar los valores sociales porque, como bien señalara Octavio Paz: “el mercado sirve para fijar precios, pero no valores sociales”.

Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la Gesta de Mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual. Hoy, la preocupación por el desarrollo humano pone su impronta definitoria en el texto para elegir un capitalismo con rostro humano frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo. En esa línea también aparece el nuevo pensamiento de la doctrina de la Iglesia católica que, a partir de la encíclica *Centesimus Annus*, de Juan Pablo II, reivindica el papel de la iniciativa individual en el desarrollo económico.

Finalizamos citando nuevamente a Octavio Paz:

...Hoy vivimos el alba de la libertad... ¿cómo construir la casa universal de la libertad? algunos nos dicen: ¿No olvidan ustedes a la justicia? respondo: la libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La

libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia.

VI. EL ESTADO POSBENEFACOR Y LA SOCIEDAD POSINDUSTRIAL

En el capítulo anterior se describió cómo sobrevino la denominada “crisis del Estado de bienestar” ante la imposibilidad de hacer frente a las innumerables demandas sociales en razón de las restricciones económicas surgidas a partir de la crisis. El nuevo modelo estatal prevaleciente en occidente combinó los principios neoliberales en una síntesis entre el capitalismo clásico y la idea de justicia social o solidaridad proveniente de la etapa del “Estado benefactor”. Pero el nuevo modelo toma como base el sistema de economía de mercado y pone su punto de atención en el equilibrio fiscal: no se pueden gastar los recursos que no se tienen.

El Estado social de derecho se fundó en cambios en la concepción del gasto público motorizador de la economía, según lo formulara el inglés John M. Keynes, conforme la política aplicada en el Welfare State, que en los Estados Unidos encontrara su propia versión en el New Deal propuesto por el presidente Franklin Delano Roosevelt en la década de los años treinta.

Pero en la década de los setenta se inicia la crisis del *Welfare State* y en el ochenta cae el muro de Berlín, culminando la Guerra Fría y las tensiones entre los distintos modelos: el capitalismo y las economías centralizadas.

El capitalismo triunfante se enmarca en una nueva era que ha sido denominada de manera diversa por distintos autores que coinciden, en cambio, en cuanto a la similitud de sus características.

Alvin Toffler, en *La tercera ola*, escrita en los años setenta, realizaba una visión futurista de la sociedad postindustrial caracterizada por el fin de la fabricación masiva en reemplazo por la empresa flexible, un crecimiento de la economía por el sector de los servicios, un gran desarrollo en el área electrónica y de comunicaciones y un desconcierto de la relación entre productores y consumidores, otrora diferenciados; sin pretender exactitudes indispensables en estos casos, puede afirmarse que Toffler acertó bastante en las predicciones sobre una organización social que va dejando los hábitos impuestos por un modelo de producción inoperante en el siglo XXI. El cambio no es solamente el de la chimenea por la computadora, sino también el de una organización social y económica donde no

sólo interesa la producción sino también, y en especial modo, la protección de los consumidores. Todos somos en definitiva consumidores en la democracia capitalista.

A estos aspectos se ha referido también con agudeza Daniel Bell al escribir sobre la estructura de la sociedad post industrial, donde el Estado no aparece ya en un papel hegemónico sino arbitrando y canalizando el conflicto. Planteos similares sobre el papel del Estado en el buen capitalismo son los realizados por Anthony de Jassay en su obra *El Estado* y por parte de la doctrina alemana.

En su obra *Para una política económica democrática*, Bruno S. Frey va al fondo de esta cuestión al interpretar el importante papel que juegan las tendencias y preferencias de los consumidores en la decisión de la política económica.

No es extraño por ese motivo que el nuevo Estado ponga énfasis en la defensa del medio ambiente y de los consumidores.

En su obra *Capitalismo vs. capitalismo*, M. Albert coloca la discusión en su punto planteando la opción entre un capitalismo meramente mercantilista a un capitalismo con sentido social, contemplando al hombre no como objeto sino como sujeto y actor fundamental de toda actividad social, cultural, económica y política.

Subyace la idea de Kant: el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para otros fines.